UNIVERSITÉ DE TOULOUSE — FACULTÉ DE DROIT

ETUDE JURIDIQUE

DE LA

CLIENTÈLE DES PROFESSIONS LIBÉRALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue publiquement en Décembre 1936

PAR

PIERRE ALBESSARD

MEMBRES DU JURY ... MM. MARTY, *Président.*
PLASSARD,
PERREAU, } *Suffragants.*

LIBRAIRIE AFFRE
23, *Rue des Lois*, 23
TOULOUSE

1936

ETUDE JURIDIQUE

DE LA

CLIENTÈLE DES PROFESSIONS LIBÉRALES

UNIVERSITÉ DE TOULOUSE — FACULTÉ DE DROIT

ETUDE JURIDIQUE

DE LA

CLIENTÈLE DES PROFESSIONS LIBÉRALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue publiquement en Décembre 1936

PAR

PIERRE ALBESSARD

MEMBRES DU JURY.... MM. MARTY, *Président.*
PLASSARD, } *Suffragants.*
PERREAU, }

LIBRAIRIE AFFRE
23, *Rue des Lois*, 23
TOULOUSE

—

1936

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

HONORARIAT

MM. HOUQUES-FOURCADE, O. ✲, Doyen honoraire.
CÉZAR-BRU, O. ✲, Doyen honoraire.
DECLAREUIL, ✲, professeur honoraire.
GHEUSI, O. ✲, professeur honoraire, Recteur de l'Académie de Toulouse.
MESTRE, ✲, professeur honoraire, professeur à la Faculté de Droit de Paris.
CLAVELIER, Secrétaire honoraire.

PROFESSEURS, AGRÉGÉS ET CHARGÉS DE COURS

MM. THOMAS, ✲, Doyen, professeur de Droit romain.
MAGNOL, ✲, professeur de Droit criminel.
PERREAU, O. ✲, professeur de Droit civil.
RICOL, professeur de Procédure civile, mis à la disposition de M. le Ministre des Affaires Etrangères.
MAURY, professeur de Législation comparée.
PLASSARD, ✲, professeur de Droit civil, Assesseur du Doyen.
HAURIOU, professeur de Droit constitutionnel.
DEVAUX, professeur de Droit international public.
BOYER, professeur de Droit romain.
JAMES, professeur de science financière et de législation française des finances, chargé de mission d'enseignement à l'école française de Droit du Caire.
GABOLDE, ✲, professeur de Droit commercial.
DUPEYROUX, professeur de Droit administratif.
MARTY, Professeur de Droit Civil.
BYÉ, professeur d'Economie politique.
HÉBRAUD, professeur, chargé du cours de Procédure Civile.
FOURGEAUD, professeur, directeur de la statistique générale de la France.
N..., chargé du cours de science financière et de législation française des finances.
DAUVILLIER, chargé du cours d'Histoire du Droit.
LAPORTE, secrétaire des Facultés de Droit et des Lettres.

PRÉSIDENT DE LA THÈSE : M. MARTY

SUFFRAGANTS { MM. PERREAU, PLASSARD

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

A LA MEMOIRE DE MA MERE

INTRODUCTION

Il existe une clientèle des professions libérales comparable à celle des professions industrielles ou commerciales. La notion en est universellement admise. La clientèle d'un professionnel, tout comme celle d'un commerçant ou d'un industriel, est constituée par l'ensemble des personnes qui, dans des circonstances déterminées, ont l'habitude de s'adresser à lui, de préférence à tout autre.

Dans la pratique, elle naît, se développe, se maintient, se disperse ou s'anéantit par des moyens et dans des conditions sensiblement analogues à la clientèle des fonds de commerce. Des nuances pourtant apparaissent dans cette évolution. Aux méthodes libres de l'achalandage et de la réclame, le professionnel préfère généralement la discrétion du simple nom qui figure à l'annuaire ou de la modeste plaque, souvent anonyme, presque invisible aux passants. Systématiquement, du moins pour obéir aux règles impérieuses que l'usage corporatif a consacrées, il se condamne à créer par lui-même, sans secours extérieur, le lien de clientèle. Ce lien sera fondé, fortifié, entretenu par un facteur qui existe dans les clientèles commerciales, mais qui devient ici prépondérant, la confiance per-

sonnelle. Si cette confiance diminue ou périclite, le lien de clientèle s'affaiblit et disparaît à son tour.

C'est qu'il existe entre l'activité commerciale et l'activité professionnelle, une différence profonde, qui n'échappe à personne, mais qu'il convient de discerner avec exactitude afin de l'ériger en critérium pour le classement des professions libérales. Le client du commerçant attend de lui une prestation matérielle. Le client du professionnel attend de lui un service principalement intellectuel. On a recours à lui uniquement pour la science qu'il possède ou l'art qu'il est habile à exercer. La clientèle est attachée à la valeur de l'homme.

Cette conception des professions libérales a une double conséquence.

D'abord elle leur donne, dans la variété des occupations humaines, une place qu'il importe de situer, mais dont la délimitation est rendue difficile par les formes infiniment variées et mélangées de l'activité sociale.

D'autre part, elle confère aux rapports du professionnel et de ses clients un caractère spécial, éloigné des relations du commerce, et dont il faut déterminer la nature juridique si l'on veut, avec quelque logique, préciser les obligations qui en découlent.

Tel est l'objet de la première partie de cette modeste étude.

La seconde partie s'inspirera des conclusions

obtenues pour découvrir les sanctions pratiques des rapports antérieurement définis entre le professionnel et ses clients. Elle envisagera en outre la clientèle acquise considérée comme un bien particulier, faisant partie du patrimoine du professionnel, et le sort que peut avoir cette valeur, soit que le professionnel veuille l'aliéner, soit qu'il veuille l'exploiter en commun, soit qu'il en laisse l'avantage à son conjoint ou à ses héritiers.

La clientèle des professions libérales constitue une matière qui a échappé jusqu'ici à la réglementation législative. Traditionnellement les professionnels ont défendu leur indépendance. Leur prestige les a servis dans cette tâche. Le mot d'ordre a été et demeure encore pour eux de rester en marge des lois, sans autre règle que celles de l'équité et de la conscience professionnelle. Il n'existe donc pas de texte définissant leurs droits et leurs devoirs ; les difficultés qui naissent de l'exercice des professions libérales ont été jusqu'ici résolues par la Jurisprudence à la seule lumière des faits des usages et des principes généraux du droit.

Laissant de côté toute prétention à des constructions nouvelles notre effort s'est cantonné dans l'analyse et la confrontation des décisions nombreuses rendues par les diverses juridictions. Puissions-nous avoir dégagé de leur examen une documentation sincère, une conception d'ensemble bien assise et des règles pratiques recommandables.

TITRE PRÉLIMINAIRE

Notions générales sur les professions libérales et leur clientèle

CHAPITRE PREMIER

Des Professions libérales

L'origine de cette appellation remonte à une distinction faite par les Romains entre « *operæ liberales et illiberales* », les premières étant réservées aux hommes de condition libre, aux citoyens, les secondes étant abandonnées aux esclaves et aux mercenaires.

Si l'on examine quelles sont les professions ainsi classées dans l'une ou l'autre de ces catégories, on retrouve ce préjugé, commun à toutes les civilisations, qui consiste à opposer le travail manuel au travail intellectuel et à considérer celui-ci *à priori* plus noble que celui-là.

Les raisons en sont faciles à découvrir. Elles nous sont fournies par les auteurs Grecs ou Romains eux-mêmes. « Les arts manuels, dit Xénophon, sont justement décriés, car ils minent le corps de

ceux qui les exercent, or quand les corps sont affaiblis, les âmes perdent bientôt toute leur énergie (1). Les arts manuels ne laissent pas le temps de songer à l'Etat, ils ne permettent pas à l'intelligence de se développer librement et de s'élever, aussi Aristote défend-il de les enseigner aux jeunes gens : « ils rendent l'âme incapable d'acquérir la vertu et de la pratiquer (2) ».

Cette défaveur n'épargnait même pas les grands artistes dont les œuvres font encore aujourd'hui notre admiration. « Si tu te fais sculpteur, dit Lucien, tu ne seras qu'un manœuvre te fatiguant le corps et ne recevant qu'un vil salaire, ton esprit se flétrira, tu ne seras qu'un homme qui vit du travail de ses mains (3) ».

Quelques Républiques posaient même en principe que nul citoyen ne peut être artisan ; c'était la règle en Crète et à Sparte. Platon l'approuvait fort et dans son Etat Idéal il n'admettait à l'exercice des métiers que les étrangers et les esclaves d'étrangers (4).

Ce même préjugé se retrouve intégralement chez les Romains. Plaute nous indique à quel degré de l'estime publique étaient placés ces mercenaires

* *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, t. 1, p. 443, 1re partie.

1. Œcon., IV, 2.
2. Polit., VIII, 2, 1.
3. Lucian, *Somn.*, 9.
4. Polit., III, 3, 2,

vils par leur condition sociale et par les travaux qu'ils exécutaient (5). Cicéron appelle « *sordidum* » le gain de tous les travailleurs salariés (6) et il englobe dans la même classe tous ceux qui louent leurs services, mercenaires, vendeurs au détail ou artisans. « *Illiberales et sordidi quæstus mercenariorum, omniumque quorum operæ non artes emuntur, est enim illis ipsa merces auctoramentum servitutis* ».

Quelles étaient alors ces professions dites libérales ? Se rattachait-on pour les déterminer à la nature du service rendu ou bien à la situation personnelle de l'auteur du service ?

Ces deux idées ont l'une et l'autre — semble-t-il — exercé leur influence. Cependant — à en croire Sénèque — les « *artes liberales* » ne conservaient leurs caractères propres et ne méritaient cette dénomination que s'ils étaient exercés par un homme libre, un ingénu.

Le *Digeste* (7) nous en donne une liste, mais il semble bien certain qu'en la matière aucun critérium théorique n'est intervenu. Ulpien y énumère les rhéteurs, les grammairiens, les géomètres (fragm. 1, *in princ.*), les médecins (§ 1), les sages-femmes (§ 2), les professeurs de belles-lettres, les libraires, les notaires, les arithméticiens (§ 6), les

5. Plaute, *Captiv.*, III, 423.
6. Cicéron, *De officiis*, I, 42.
7. *Dig.*, Livre 50, titre XIII, *De extraord. cognitionibus.*

avocats (§ 10), les *agrimensores* et les nourrices (§ 14).

Le caractère commun de toutes ces professions était la gratuité des services rendus. Les Romains comme les Grecs les considéraient comme des sacerdoces (8). A leurs yeux la science est un don du ciel et c'est déshonorer la science du droit, dit par exemple Ulpien, que de l'estimer à prix d'argent.

Le travailleur manuel tend la main au salaire, il en a besoin pour vivre et son service (*ministerium, minuere*) est effectué en vue de ce salaire. Le service de l'homme libre au contraire n'est pas un « *ministerium* » mais un « *munus* » et s'il est presté ce n'est pas en vue d'un salaire mais par bienveillance (*gratia*). Il constitue une complaisance (*munificentia*) en rapport avec la dignité de l'homme libre (*liber, liberalitas*) et qui n'impose à l'autre partie qu'un devoir de reconnaissance (*gratum facere, gratificatio*) (9). La force intellectuelle, le talent, le savoir, sont des biens dont tout homme d'honneur doit libéralement faire profiter ses concitoyens.

Ces services étaient-ils désintéressés? « Il faudrait bien peu connaître les Romains pour le croire. Non, le Romain ne renonçait pas à tout salaire en retour de ces services, mais ce salaire n'était pas

8. *Dict. des Antiquités Grecques et Romaines*, t. III, 2e partie, p. 240.

monnaie sonnante. Il consistait en un avantage qui, sur l'homme des classes supérieures, exerçait une séduction aussi puissante que l'argent sur l'homme du peuple, c'étaient l'honneur, la considération, la popularité, l'influence, le pouvoir... Le salaire que l'on avait en vue n'était pas de nature économique, il était de nature idéale (10) ». Jusque sous Constantin, la suprême ambition du jurisconsulte n'était pas de s'enrichir mais bien de devenir l'oracle juridique officiel, d'être investi du « *jus respondendi* ».

Ces principes subirent peu à peu de nombreuses atteintes, l'ardeur au gain fit son apparition, causée par la ruine des grandes familles désormais obligées de travailler pour subvenir à leurs besoins, par l'influence et l'exemple de la civilisation grecque où le travail était rémunéré même dans les hautes classes de la société.

Les pouvoirs publics durent même intervenir. Au VI^e^ siècle la loi Cincia interdit aux avocats de recevoir de l'argent avant leur plaidoirie (11) et en 737 la loi *Judiciorum publicorum* frappa les contrevenants de la peine du quadruple. Claude limita leurs honoraires à dix milles sesterces (12) et à la suite d'abus criants, les empereurs Vespasien

9. V. Ihering : *L'évolution du droit*, trad. Meulenaere, chap. VII, p. 74.

10. Ihering, *loc. cit.*, p. 76, *Le salaire idéal.*

11-12. Edouard Cuq, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, t. III, p. 243, *Honorarium.*

et Dioclétien durent fixer les rétributions mensuelles que chaque élève devait payer à son professeur. La médecine originairement pratiquée par des affranchis et devenue profession libérale semble la plus largement rémunérée. Q. Sternitinus, nous rapporte Pline, gagnait six cent mille sesterces rien que dans sa clientèle privée (13).

De nos jours, ce préjugé contre les travaux manuels a disparu. Tout travail quel qu'il soit nous est également respectable parce qu'il participe de la condition humaine.

Est-ce à dire cependant que nous n'établissons aucune nuance entre les diverses professions ? Le mot profession libérale est couramment employé (14) bien que tous les hommes soient libres et qu'aucune hiérarchie sociale ne provoque de hiérarchie professionnelle.

Si l'on prend comme termes de comparaison les professions de médecin et de terrassier on aperçoit bien cette même opposition des « *operæ liberales et illiberales* ». L'une exige des connaissances approfondies, une application constante de l'esprit dans son assimilation et dans sa pratique journalière, l'autre au contraire demande surtout un effort physique et le côté intellectuel n'y a qu'une part

13. Pline, *Hist. Nat.*, XXIX, 8.

14. V. Conférence de M. Lichtenberger, « Les Documents du Travail », mars-avril-mai 1935.

secondaire. Aussi Littré, partant de cette distinction définit-il les professions libérales comme étant celles qui « exigent une intervention grande et perpétuelle de l'intelligence (15) ». C'est là en effet une caractéristique certaine.

Elle semble cependant insuffisante et trop vague pour l'établissement d'un critérium. Toutes les professions, à des degrés divers, exigent bien cette intervention de l'intelligence ; comme on l'a fait remarquer, travail physique et travail mental sont inséparables. « L'intelligence a une part restreinte mais cependant très réelle dans le travail du terrassier, de même un développement musculaire si petit soit-il est indispensable à l'inventeur, au savant, pour écrire dessiner, manier des instruments ou des appareils (16) ».

Bien plus, il y a même des professions essentiellement intellectuelles et que cependant nous ne qualifierons pas de libérales : le technicien, l'ingénieur par exemple; c'est lui qui constitue le cerveau de l'entreprise, il conçoit les procédés scientifiques qui permettront d'atteindre le résultat cherché, étant donné le but il organise les moyens techniques d'y parvenir. L'intellectualité des services qu'il rend semble encore plus certaine que pour ceux du médecin ou de l'avocat : types communément admis des professions libérales.

15. Littré, *Dictionnaire de la langue française.*

16. A. Liesse, *Dictionnaire d'économie politique* de Léon Say et J. Chailley, v. *Travail,* t. II, p. 1017.

Mais ce qui le différencie d'eux, c'est que son activité se rattache d'une façon permanente à une œuvre qui lui est supérieure et dont il dépend. De l'entreprise l'ingénieur reçoit non seulement son traitement mais encore son travail même, les instruments de ce travail, les locaux où il pourra exercer son métier. Le chef de l'entreprise pourra le commander, lui donner des ordres, surveiller son activité, la limiter, l'interrompre même, lui fixer tout au moins des objectifs précis. A ce lien de subordination s'ajoute une certaine continuité de rapports; c'est d'une façon régulière et permanente que l'ingénieur offre ses services, il est un agent de l'entreprise.

Nous aurons l'occasion de traiter plus loin des membres d'un contentieux, des médecins, des architectes, liés d'une façon permanente et exclusive à une société ou à une personne publique. Eux non plus n'exercent pas de profession libérale.

Cette notion de dépendance inconciliable avec le concept de profession libérale se manifeste à un degré plus accentué encore pour les fonctionnaires. Le projet Millerand du 1er juin 1920 sur le statut considère comme tels : « tous ceux qui en qualité de délégués de l'autorité publique, d'employés, d'agents ou de sous-agents, occupent un emploi dans les cadres permanents d'un service régi par l'Etat ». Participant ainsi à l'administration de la chose publique, le fonctionnaire est soumis à un statut juridique à la fois hiérarchique et autori-

taire (17). Ce caractère se retrouve dans tous les éléments de la situation du fonctionnaire (18), que ce soit l'avancement, le classement, la mise en congé, la mise à la retraite, aucun qui ne soit déterminé par la loi ou les règlements. Les fonctionnaires peuvent être l'objet de mesures disciplinaires, un traitement fixe est attaché à leurs fonctions. Ce ne sont pas des professions qu'ils exercent mais des emplois qu'ils occupent. On voit quel abîme les sépare des professions libérales. La notion d'indépendance professionnelle doit donc dans la définition des professions libérales, compléter le caractère d'intellectualité des services rendus.

C'est encore cette notion d'indépendance vis-à-vis de l'autorité publique qui va nous permettre de distinguer des professions libérales celle des officiers ministériels.

On classe sous cette dénomination : les avocats à la Cour de Cassation et au Conseil d'Etat, les avoués, notaires, agents de change, greffiers, huissiers et commissaires-priseurs.

Le langage courant ne considérant que la nature intellectuelle des services rendus assimile souvent leurs fonctions aux professions libérales. Nous croyons cette confusion inexacte.

17. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, p. 745.

18. Hauriou, *loc. cit.*, C. E., 7 avril 1916, aff. Colas.

Bien qu'étrangers aux cadres et à l'autorité hiérarchiques de l'administration, ils n'en sont pas moins investis d'une fonction (19) que seul le Gouvernement peut leur conférer. Leur profession se rattachant à l'administration d'un service public se trouve étroitement réglementée. Ils peuvent être révoqués et destitués de leurs fonctions. D'une façon générale on peut dire qu'ils sont soumis à une sorte de pouvoir de tutelle, à un contrôle de la puissance publique (20) et ce sont là des caractères bien particuliers qui les distinguent des professions libérales.

L'intellectualité des services rendus, l'indépendance professionnelle ne suffiraient pas encore à distinguer les professions libérales. Prenons le cas du pharmacien. Comme le médecin ou l'avocat il doit posséder des connaissances d'ordre technique sur les propriétés chimiques des produits qu'il vend et il n'est soumis à l'autorité d'aucune personne publique ou privée. Sa profession n'est cependant pas libérale, elle est commerciale (21). Le phar-

19. V. Le Corre, *Situation juridique du notaire comme fonctionnaire public,* Thèse Rennes 1920.

20. V. Note Hauriou, S. 1918-1919, III, 17. Cass. crim., 30 avril 1863. S. 63-1-327, 29 mai 1886. S. 88-1-489, 24 fév. 1893. S. 93-1-217. Glasson et Tissier : *Traité d'organisation et de procédure civile. Les officiers ministériels,* p. 816 et s. Comp. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public,* p. 273.

21. V. Jean Acher, Notion juridique des actes de commerce et des commerçants , *Revue générale de droit, de législation et de jurisprudence.* 1904.

macien revend sous diverses formes des produits qu'il a achetés, c'est un intermédiaire dans la circulation des marchandises et il coopère à cette circulation en vue d'en retirer un bénéfice. Les professions industrielles ayant pour objet la transformation de la matière brute et la création de produits manufacturés, rentrent aussi dans cette catégorie.

Dans les professions libérales nous ne trouvons comme résultat du travail fourni aucun produit qui jouisse d'une individualité distincte de celle du professionnel et qui puisse être considérée indépendamment de la personne de son auteur. Ce dernier n'achète rien et ne revend rien. Tous les services qu'il rend viennent de lui; on ne lui demande pas un conseil ou un diagnostic mais son conseil ou son diagnostic, le rôle de sa personnalité est ici essentiel.

En connaissant ainsi les caractères distinctifs il va être possible de déterminer maintenant quelles professions peuvent être qualifiées de libérales.

Citons à titre d'exemple celle de médecin avec toutes les branches qui s'y rattachent : chirurgien, chirurgien-dentiste, aliéniste, oculiste... en supposant que ces professionnels, exerçant en leur nom personnel, ont une clientèle privée et ne sont pas attachés d'une façon exclusive à une société ou à une personne publique qui les emploie.

Nous qualifierons aussi de profession libérale

celle d'avocat(22) mais non celle d'agréé dont la charge peut être assimilée en fait à un office ministériel (23), de conseil fiscal, d'expert, mais non de membre du contentieux d'une société.

Que penser de l'artisan ? (24) Il ne dépend d'aucune autorité publique ou privée et son activité ne se rattache à aucune entreprise qui lui soit supérieure. Il travaille pour son compte, à ses risques et périls, vendant directement à la clientèle le produit de son travail. Il n'est pas commerçant (25). Exerce-t-il une profession libérale? Nous ne le croyons pas. Qu'il soit producteur, réparateur ou façonnier, quels que soient son habileté et son talent, son travail demeure essentiellement manuel (26).

22. Pour sa comparaison avec le fonctionnaire, v. Appleton, *Traité de la profession d'avocat*, 2e éd. pp. 401 et s.

23. Les agréés : mandataires et défenseurs recommandés par certains tribunaux de commerce à la confiance des plaideurs, ne jouissent d'aucun monopole de droit et n'ont aucun caractère officiel. Mais ils sont en nombre limité et on admet qu'ils puissent présenter leur successeur à l'agrément du Tribunal auprès duquel ils sont en fonction.

24. V. Poumarède, *Situation et Notion juridiques de l'artisan*, Thèse Toulouse 1932.

25. V. à ce sujet Escarra, *Principes de droit commercial*, pp. 188 et s.

26. Poumarède, *op. cit.*, pp. 16, 151 et s. La notion d'artisan ne se comprend qu'envisagée des points de vue sociologique ou économique. Ses caractères distinctifs

Exercent encore une profession libérale : les membres de l'enseignement libre, les architectes, écrivains, artistes de théâtre ou de cinéma, les compositeurs (27).

La solution est plus incertaine pour les directeurs de journaux. Ayant un corps de rédacteurs spécialisés, ils portent au public les articles de ces derniers, et il y a bien là au sens large achat pour revendre.

Les agents d'assurances — quelle que soit la nature du contrat qui les lie à la compagnie sont sous sa dépendance économique — et n'exercent pas, semble-t-il, de profession libérale.

Nombreux sont les cas où il est permis d'hésiter sur la qualification à donner. Les branches de l'activité humaine sont trop nombreuses et trop variées pour pouvoir être classées en catégories juridiques étanches.

Aussi n'avons-nous pas l'ambition d'établir ici une liste des professions dites libérales. L'intellec-

résultent principalement de la dimension et de l'importance de l'entreprise ainsi que du mode de travail. Les rapports de l'artisan avec sa clientèle sont variables; il y aura vente si l'artisan est fabricant, louage d'ouvrage si simple façonnier il ne fournit pas la matière. Les artisans forment une catégorie sociale, non une catégorie juridique particulière. V. Debré, *L'Artisanat classe sociale*, Thèse Paris. 1934.

27. Sous les mêmes réserves que pour les médecins et chirurgiens.

tualité des services rendus, l'indépendance professionnelle, l'absence de spéculation et le rôle essentiel de la personnalité de ceux qui les exercent, suffisent à les caractériser.

CHAPITRE II

La Clientèle

On sait quelle était à Rome l'organisation primitive de la société, étroitement divisée en groupes familiaux ou « *gentes* ». Vivant chacune dans le culte de ses traditions et sous l'autorité absolue de son chef le *paterfamilias*, ces *gentes* ne comprenaient pas seulement le père et ses descendants ou proches alliés, mais encore tous les esclaves de la famille, ses affranchis et ses clients. « Chaque famille avait ses serviteurs qui ne la quittaient pas, étaient attachés héréditairement à elle et sur lesquels le *pater* ou patron exerçait la triple autorité de maître, de magistrat et de prêtre. On les appelait de noms qui variaient suivant les lieux, celui de clients et celui de thètes sont les plus connus (1) ».

1. Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, livre IV, chap. I, n° 271, v. aussi l'article de G. Humbert dans le *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, t. I,

Ces clients, venus à la *gens* probablement par besoin de protection, faisaient fonction de serviteurs et cultivaient les terres que leur concédaient le *paterfamilias;* ils participaient au culte et aux prières de la famille et se trouvaient sous la protection des dieux Lares. En témoignage de cette communauté religieuse ils ajoutaient à leur nom celui de leur patron.

Ce dernier devait à ses clients secours et assistance, il prenait gratuitement leur défense en justice. En retour le client l'accompagnait à la guerre, participait à la dot de sa fille et payait ses dettes ou sa rançon en cas de captivité.

Toutes ces obligations étaient sévèrement sanctionnées. Si le client causait du tort à son patron ou inversement, le coupable était maudit « *sacer esto* » et passible de la peine de mort (2).

La condition du client à Rome présentait donc quelque ressemblance avec celle du serf au Moyen Age. On y trouve ce même rapport de dépendance et les obligations qu'il entraînait. Mais tandis qu'il résultait pour le serf du droit de propriété que le

2e partie, p. 1247. Le mot « cliens » vient suivant les uns de « colere » à raison du culte et du respect dû au patron ou à cause des concessions de terre qu'il faisait à ses clients, suivant les autres du verbe « cluere » synonyme d' « audire ».

2. Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, p. 104 n° 11, 2.

seigneur exerçait sur l'homme et sur la terre (3), il trouvait son origine pour le client dans sa participation à la religion domestique dont son patron était le prêtre.

Aussi lorsque cette religion domestique s'affaiblit, les liens de clientèle commencèrent-ils à se relâcher. Des circonstances politiques y contribuèrent notamment la constitution nouvelle de Servius Tullius. Sous la République, la clientèle subsistait encore, mais il n'y eut plus bientôt à Rome que deux classes : les patriciens et les plébéiens avec lesquels se sont fondus les clients.

C'est de cette lointaine institution que nous vient le mot clientèle.

Il n'a plus de signification aujourd'hui qu'en matière professionnelle. Désignant d'abord celui qui avait recours aux gens de palais, avocats, avoués ou aux notaires, il a acquis une signification générale et s'applique à celui qui a recours aux services de tout professionnel.

Il y a là d'ailleurs, dans ce recours aux services d'autrui, un phénomène inhérent à toute société civilisée. Un individu, quel qu'il soit, ne peut se passer de ses semblables. Ses besoins sont aussi nombreux que variés, il ne peut y subvenir à lui seul. Or, en face du nombre sans cesse croissant de ces besoins, nous assistons à une spécialisation de plus

3. V. Declareuil, *Histoire générale du droit français des origines à* 1789, pp. 266, 268 et s., 365, 366 et s.

en plus complète des professions. L'activité humaine se concentre sur un objet unique pour gagner ainsi en intensité et en perfection ce qu'elle perd en étendue. Il en résulte que l'individu est obligé d'être le client d'une foule de professionnels qui ne pourvoient à ses besoins que chacun dans sa spécialité.

L'étude particulière de ces rapports de clientèle ne peut être entreprise pour chaque cas. Comme nous avons envisagé les carrières libérales distinctes des professions commerciales et des offices ministériels, de même nous étudierons séparément la clientèle de ces diverses professions. Cette division peut paraître arbitraire parce qu'elle ne comprend pas toutes les professions; elle aura du moins le mérite de mettre en lumière les caractères les plus saillants de la clientèle.

Section I

Caractère impersonnel de la clientèle des professions commerciales.

La prospérité d'une entreprise commerciale tient à des causes diverses dont les unes se réfèrent à la personnalité du commerçant et les autres lui sont complètement étrangères.

Les premières sont constituées par la réputation personnelle du patron et de ses auxiliaires, sa solvabilité, sa probité. Les secondes tiennent au fonds

lui-même, à sa situation, aux marchandises vendues, à leur qualité et à leur prix, à l'exploitation exclusive d'une invention brevetée...

Or, parmi les raisons pour lesquelles le public entre en relation avec un établissement commercial le motif déterminant résulte le plus souvent du prix de la marchandise vendue. Un prix avantageux attire toujours les clients. Aussi tout l'effort du commerçant consiste-t-il à diminuer ses frais généraux pour vendre aux prix les plus bas. Cela est évident sous un régime de libre concurrence et également vrai sous un régime de monopole. En ce cas la demande des produits de première nécessité se maintiendra en dépit du prix mais elle se restreindra pour les produits de luxe ou même d'utilité secondaire et le public aura recours — en vertu de la loi de substitution — à des succédanés qui seront vendus moins cher.

C'est ensuite aux qualités de la marchandise que l'acheteur se réfère, à ses facultés d'utilisation, à sa présentation, aux caprices de la mode même.

Un troisième motif auquel cèdera le public sera la proximité du fonds de commerce. A cet égard il faut d'ailleurs distinguer entre le commerçant de gros et celui de détail. Pour le premier la situation du fonds n'importe pour ainsi dire pas, les relations entre commerçants et clients se font le plus souvent par correspondance. Par contre dans le commerce de détail il n'est pas indifférent pour le marchand que son établissement soit situé dans tel

ou tel quartier. Il y a même des fonds dont la clientèle est exclusivement locale : buffets de gare, bureaux de tabac, agence de journaux... Cette clientèle locale fréquentant le fonds par commodité, par habitude, constitue donc pour certains commerçants l'élément le plus précieux de leur prospérité. Si le fonds se trouve placé hors des grandes artères de circulation, des points de passage habituels, l'acheteur ne se dérangera pas. L'expression italienne : un « *negozio bene avviato* », c'est-à-dire un négoce fréquenté et littéralement vers lequel toutes les voies mènent, dépeint exactement cette idée.

Pour attirer la foule des consommateurs, le commerçant pratiquera une large publicité : affiches, enseignes lumineuses, réclames dans les journaux, aucun moyen qui ne soit bon pour signaler l'existence du fonds et les avantages qu'il offre et pour établir dans l'esprit du public une véritable association d'idées entre la marchandise vendue et le fonds où on la vend.

Un système de primes, de ristournes proportionnelles au total des achats pourra également récompenser le client de sa fidélité.

Les titres et récompenses obtenues convaincront le public de la supériorité des produits récompensés qu'une marque de fabrique servira à individualiser. Les secrets de fabrication permettant la vente à bon marché de produits de qualité rallieront également les acheteurs.

Or, parmi tous ces motifs auxquels peut céder un acheteur éventuel n'apparaît pas l'influence de la personnalité du commerçant. Ce n'est pas sa compétence professionnelle, sa probité, son amabilité ou la confiance qu'il inspire qui attirent le public mais bien plutôt le prix et la qualité de la marchandise qu'il vend. Sa personnalité demeure à l'arrière-plan; s'il ne sert pas lui-même les acheteurs ils ne le connaîtront même pas. Tout au plus son habileté ou celle de ses vendeurs incitera le public à continuer à s'approvisionner au fonds de commerce, mais elle ne constituera jamais un élément déterminant.

Quelques exceptions peuvent se présenter dans des cas particuliers; l'élément subjectif aura une place plus grande dans les entreprises commerciales fondées sur l'exploitation des qualités artistiques du propriétaire ou dans les cafés d'habitués tel celui décrit par Huysmans « où la porte ne s'ouvre que sur des visages connus qui provoquent dès leur entrée des hourras et des rires ». Inversement la personnalité du commerçant disparaîtra complètement dans les fonds de commerce vendant des produits standardisés.

Cette solution qui aboutit en fait à reléguer au second plan la personnalité du commerçant peut paraître contraire à la réalité des faits. C'est bien lui — le patron — qui crée le fonds, qui le dirige, qui seul profite des gains et répond des pertes. Sans lui l'existence de l'établissement commercial

est inconcevable « *Taberna sine tabernario et negociatore esse neutiquam potest* (4) ».

Mais dans l'esprit du public, et c'est à ce seul point de vue qu'il faut se placer ici, le rôle personnel du commerçant ne détermine pas l'acheteur à fréquenter le fonds. Guidé par des principes utilitaires, il ne considère que la marchandise vendue. On ne trouve ici que des acheteurs, des pratiques, des chalands.

L'achalandage peut alors se comprendre comme étant l'ensemble de ces acheteurs guidés uniquement par les qualités de la marchandise vendue, par son prix, ou par la situation du fonds, en un mot par des raisons impersonnelles ; la clientèle étant uniquement ralliée par les qualités professionnelles du commerçant (5).

Ces deux expressions ainsi définies trouvent leur exacte correspondance dans la langue anglaise, l'ensemble des « *customers* » d'un établissement commercial comprenant le « *local goodwill* » ou achalandage et le « *personal goodwill* » ou clientèle (6).

4. Select Rot. Florent. *Decis*, 65, n° 20, cité par Valéry, *Annales de droit commercial* 1902, p. 220. Maison de commerce et fonds de commerce.

5. Valéry, *loc. cit.*, pp. 211 et s., 273 et s.

6. Stewens, *Eléments de droit commercial anglais* (trad. Escarti Paris 1909), pp. 344 et s. Allan, *The law relating to goodwill* London 1889, p. 2 — J. W. Smith : *a compendium of mercantile law* 1890, p. 213 — V. aussi

Cette conception de la clientèle et de l'achalandage, différente de la théorie classique, semble plus conforme à la réalité. Elle a l'avantage d'empêcher toute confusion sous le nom générique de clientèle. Elle résulte de plus de la structure même de toute entreprise commerciale. L'établissement de commerce comprend d'une part un élément personnel « composé d'un ou de plusieurs patrons qui dirigent l'établissement dans leur intérêt, d'un certain nombre d'auxiliaires, d'employés et de simples subalternes et d'autre part d'objets matériels, locaux, meubles, outillage, véhicules, brevets d'invention... (7) ». Il n'y a pas opposition ou indépendance de l'élément personnel et de l'élément impersonnel, « de la maison de commerce et du fonds de commerce », ils concourent l'un et l'autre à la prospérité de l'entreprise, mais le public qui rentre en relation avec l'établissement commercial est rallié normalement par le fonds de com-

les opinions de Gombeaux, *Nature juridique du fonds de commerce*, Thèse Caen 1901, Mohamed abd el Aziz abd el Kerim, Dissertation, Lausanne 1932, Dumouchel *Etude juridique de clientèle des fonds de commerce et des professions libérales*, Thèse Paris 1907, pp. 24 et s. Mario Rotondi, Notion juridique de l'achalandage, *Annales de droit commercial* 1930-1931, pp. 30 à 46 et 132 à 140. Catalan *De la condition juridique du fonds de commerce*, Thèse Montpellier 1899, p. 9.

7. Valéry, *Maison de commerce et fonds de commerce*, *op. cit.*, pp. 209 à 242 et 269 à 301.

merce et exceptionnellement par la maison de commerce.

Section II

Caractère mixte de la clientèle des offices ministériels.

Comme pour le fonds de commerce mais dans des proportions différentes nous trouvons dans les offices ministériels une clientèle ralliée par les qualités personnelles du professionnel, la confiance et l'estime qu'il lui inspire, et une clientèle qui, elle aussi, recourt à ses services mais pour des raisons étrangères à sa personnalité.

Alors que dans les professions commerciales le régime de la libre concurrence est de règle et que le nombre de ces professionnels est illimité, les officiers ministériels jouissent d'un monopole: leur nombre est fixé par l'autorité publique qui délimite dans l'espace l'étendue de leur compétence. Il en résulte pour eux une clientèle obligatoire et impersonnelle qui non seulement doit s'adresser à ces professionnels mais encore à ceux qui seuls sont compétents.

Les avoués gardent souvent les dossiers des procès jugés pour lesquels ils ont prêté leur ministère, les notaires conservent les minutes des actes passés en leur étude, et il y a pour les clients un intérêt certain à s'adresser pour une nouvelle cause ou

pour un nouvel acte à l'officier ministériel qui détient les précédents de leurs affaires. Aussi la cession d'un office de notaire, déclare par exemple la Cour de Cassation, emporte-t-elle pour le cédant « l'obligation de délivrer au cessionnaire non seulement les minutes et répertoires, mais encore les registres, dossiers et pièces de toute nature concernant la clientèle..., s'il en était autrement le cessionnaire serait dans l'impossibilité de satisfaire aux besoins de la clientèle à lui cédée et par là même exposée à la perdre (8) ».

L'habitude, la proximité du cabinet ou de l'étude sont encore des motifs auxquels peut céder le client.

Cependant la majeure partie des clients sera ici ralliée par les qualités personnelles du professionnel.

La proximité de l'office, l'habitude, le fait que les minutes ou les dossiers intéressant un élément du patrimoine du client se trouvent dans telle étude, ne sont pour lui qu'une occasion de rester fidèle. Rien ne l'empêchera, s'il n'est pas satisfait du professionnel, de l'abandonner.

Ce dernier doit, en effet, intervenir personnellement pour conseiller (9) le client et guider sa décision. L'avoué et le notaire ne sont pas des person-

8. V. Cass. 3 janv. 1881 S. 81-I-255.

9. Henri Deneux, *La responsabilité civile des notaires comme conseils de leurs clients*, Thèse Paris. Eloy, *Responsabilité des notaires*, t. 1, p. 169. Cellier, *La philosophie du notariat*, pp. 29 et 31.

nages destinés à représenter les parties dans n'importe quelle cause ou à authentifier n'importe quelle convention. « Cette obligation (de conseiller le client) dérive de l'essence même des fonctions de notaire... elle est particulièrement étroite lorsque les contractants sont dans l'ignorance complète des affaires et que leur confiance en l'officier public est commandée par leur sexe et leur éducation autant que par la loi elle-même qui les oblige à s'adresser à lui... ; s'il en était autrement, si ses fonctions pouvaient se réduire à une pratique matérielle, au rôle de rédacteur passif des conventions dont il dresse l'instrument authentique, l'esprit de la loi organique du notariat serait faussé (10) ». « Un notaire ne peut être considéré comme un simple scribe devant rédiger des actes à la volonté des parties... il est de son devoir professionnel de guider son client (11) ».

Les agents de change (12) doivent également éclairer leurs clients sur les conséquences de leurs opérations ; l'huissier (13) est astreint à la même obligation.

La considération de la personnalité professionnelle de l'officier ministériel : l'*intuitus personæ*,

10. Soissons, 13 mai 1857, D. 58. 2. 374.

11. Versailles, 19 mars 1913. D. 1914. 2. 13. Civ. 2 janvier 1924, S. 1924. 1. 169. Esmein dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VI, p. 728.

12. Bordeaux, 14 février 1898. D. 98. 2. 290.

13. Paris, 31 décembre 1917, S. 1920. 2. 1.

est donc à la base de cette clientèle. Elle en constitue le côté subjectif. Alors que dans les professions commerciales, cette même personnalité est la plupart du temps indifférente, elle occupe ici une place essentielle.

Seulement ces éléments subjectifs ne sont pas seuls à caractériser la clientèle des offices ministériels. Le caractère obligatoire de ces fonctions monopolisées, la conservation des minutes et des dossiers lui donnent une teinte impersonnelle et objective. C'est une clientèle mixte.

Section III

Caractère personnel de la clientèle des professions libérales.

C'est ici un lien purement personnel, fait d'estime et de confiance qui rattache la clientèle au professionnel. Les éléments impersonnels que nous avons relevés et qui concourent à la formation de la clientèle des offices ministériels et surtout des professions libérales, demeurent, mais leur importance dans la détermination du client est insignifiante.

Il est certain qu'une personne peut s'adresser à un médecin, soit à cause de la proximité de son cabinet, soit à cause de la modicité du prix de ses consultations; mais ce ne sont là que des occasions,

des circonstances capables tout au plus de favoriser une clientèle et non de la créer.

La raison de son existence ne réside qu'en la personne du professionnel (14). C'est à sa compétence, à sa science, à ses qualités professionnelles que le public a recours. L'*intuitus personæ* est ici à la base du rapport de clientèle, il en est l'essence même.

Il se retrouve d'ailleurs dans les hypothèses les moins favorables. Le cas du médecin de campagne ne fait pas exception. Sa clientèle se recrutera évidemment sur place, facilitée par la proximité du cabinet médical. Mais il n'en résulte nullement qu'elle est impersonnelle; c'est toujours au médecin lui-même, à ses connaissances, à la sûreté de son diagnostic que les clients recourent. Le fait que ce professionnel est seul dans sa région lui confère un certain monopole, mais en fin de compte c'est sa compétence qui ralliera définitivement et maintiendra sa clientèle; la meilleure preuve en est que si ses services ne donnent pas satisfaction, aucun de ces clients locaux n'hésitera à recourir à un autre professionnel même plus éloigné.

L'habitude n'est pas davantage un élément décisif dans la formation de la clientèle. Elle signifie seulement que le client maintient sa confiance envers le professionnel.

14. Contra M. le professeur E.-H. Perreau, *Eléments de jurisprudence médicale*, pp. 126 et s.

En règle générale, c'est toujours l'*intuitus personæ* qui se révèle en dernière analyse. On peut dire qu'il constitue, sous des formes variées, l'essence même du rapport de clientèle dans les professions libérales.

Quelques cas particuliers présentent des difficultés. Dans quelle catégorie ranger et partant quel régime juridique attribuer à la clientèle des représentants de commerce, des agents d'assurance ?

Ces professionnels sont à la fois indépendants dans la recherche de la clientèle et subordonnés aux instructions de leur compagnie ou de leur maison dans la conclusion du contrat. Leur entrée en fonctions est aussi soumise à son agrément et ce point de vue les rapproche des officiers ministériels. Ils ne sont pas commerçants (15), car s'ils font des actes de commerce ils ne les font pas en leur nom propre. Nous ne leur reconnaissons pas cependant une profession libérale. A des degrés divers leur activité se rattache à l'entreprise de la maison qui les emploie (16).

15. Cass. 20 janvier 1908, S. et P. 1910. 1. 532. Req. 8 déc. 1920, S. 1921. 1. 97, note Lyon-Caen. Rep. Min. Fin. à la q. écrite n° 6729 posée par M. de Ludre, député, *Journal officiel* du 9 mars 1923. Escarra, *op. cit.*, pp. 409 et s.

16. Certains auteurs qualifient les représentants de commerce de salariés, v. Albert Moullot, Statut légal des représentants et voyageurs de commerce, *Bulletin de la Chambre de commerce de Marseille*, janvier 1933.

La clientèle qu'ils recrutent est-elle personnelle ou impersonnelle ? La question a été très débattue surtout dans ses conséquences au point de vue de la cession. Nous croyons cette clientèle impersonnelle pour la raison qu'elle n'existe le plus souvent qu'envers la compagnie d'assurance ou la maison de commerce (17). L'agent d'assurance ou le représentant n'étant que l'intermédiaire entre les deux contractants, son habileté et ses qualités professionnelles, facilitant seulement la conclusion du contrat.

17. Contra Ortlieb, note sous Besançon, 29 D. 1875. S. 78, 2, 65.

TITRE PREMIER

Etude de la clientèle du point de vue des rapports du professionnel et de son client

CHAPITRE PREMIER

Nature juridique du lien de clientèle dans les professions libérales

Il y a entre le professionnel et son client formation de liens contractuels : moyennant rémunération le premier s'engage à rendre au second les services demandés; mais on peut hésiter quand il s'agit de déterminer la nature du contrat intervenu et partant de fixer les obligations qu'il engendre et l'étendue de leurs effets. L'intérêt de cette question est considérable, car les principes qui caractérisent ces divers contrats se différencient parfois notablement.

A ce sujet, les solutions qu'apporte le droit Romain sont particulièrement intéressantes parce qu'elles ont exercé une influence directe sur nos

jurisconsultes du moyen âge et sur les dispositions du Code civil.

L'activité professionnelle présentait à Rome, comme de nos jours, les mêmes difficultés de détermination contractuelle et on y soutint les mêmes interprétations. Mais jamais on y considéra ceux qui exerçaient des professions libérales comme des locateurs de services. Le louage suppose un salaire versé par le « *conductor* », une « *merces* » qui constitue le prix du travail effectué. Or les services rendus par les *agrimensores*, les rhéteurs, les juristes, les philosophes, étaient considérés à cause de leur nature élevée comme inappréciables en argent et si une rémunération était versée par le client, cet *honorarium* n'était, nous l'avons vu, que la manifestation de sa reconnaissance (1). Dans la vente, chaque partie entend recevoir l'équivalent de ce qu'elle donne, chacune espère retirer un avantage de l'opération qu'elle a conclue. Rien de semblable ne se retrouve dans les professions libérales, celui qui les exerce ne vend pas ses services et n'a pas l'intention de réaliser un gain.

Aussi cette gratuité des services rendus ainsi que l' « *intuitus personæ* » qui accompagne le rapport de clientèle avaient-ils déterminé les jurisconsultes Romains à appliquer à la matière les règles du mandat : « contrat par lequel une personne donne

1. Ulpien, 24, *ad edictum*. *Dig.* XI, 61, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* : mot *honorarium*.

mission à une autre d'accomplir gratuitement un acte déterminé ou un ensemble d'opérations (2) ».

Mais cette solution ne put s'adapter à l'évolution subie par les professions libérales. Quand le droit Romain admit que le professeur ou le médecin pouvait réclamer le prix de ses services, l' « *honorarium* » se rapprocha de la « *merces* » et le caractère de gratuité qui avait permis de qualifier des rapports de clientèle de mandat disparut. L'action dérivée de ce contrat essentiellement gratuit ne pouvait sanctionner ce droit aux honoraires. Les jurisconsultes y suppléèrent par une « *cognitio extra ordinem* » où le « *præses provinciæ* » statuait lui-même sur la demande par dérogation à la division traditionnelle du « *jus* » et du « *judicium* » (3).

D'autres juriconsultes (4), renonçant à soumettre l'activité de ces professions aux règles rigides du droit civil, y virent un « contrat innomé », « *qui nomen jure civili non accepit* », de l'espèce « *do ut facias* ». Si le professionnel n'exécutait pas sa promesse bien que le client eût déjà versé les honoraires, la « *condictio certi* » lui donnait toujours le moyen de les répéter. Inversement, si le « *factum* » avait été exécuté, le professionnel pouvait exercer l'action « *prescriptis verbis* » contre le client qui ne l'avait pas réglé.

2. Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, p. 410.
3. V. *Dig.* 50, 13, 17, Petit, *loc. cit.*, p. 714.
4. Ulpien, 31, *ad edict. Dig.* 17, 1, 6, princ.

Mais les textes ne sont pas significatifs (5) et cette solution à supposer qu'elle fût appliquée, ne fut en vigueur que sous Justinien. Des actions « *in factum* » sanctionnèrent probablement ces rapports de clientèle avant l'action « *prescriptis verbis* ».

Le droit Romain ne nous présente donc pas en la matière de solutions définitives. Ses règles rigides ne purent s'adapter à l'activité aussi complexe que variée des professions libérales. De là résultent la diversité des solutions proposées et leur insuffisance.

A notre époque nous retrouvons les mêmes difficultés et aussi les mêmes théories présentées pour les résoudre. La question peut se poser de nos jours d'une façon analogue. Les rapports contractuels de ceux qui exercent des professions libérales et de leurs clients relèvent-ils du mandat, du louage d'ouvrage ou du louage d'industrie? Et d'abord, y a-t-il vraiment contrat?

Section I

Théorie de l'inexistence du contrat.

Cette théorie a été soutenue au siècle dernier

5. V. Petit, *op. cit.*, p. 425 en note.

par Aubry et Rau (6) et adoptée avec quelques modifications par Guillouard (7).

Pour ces éminents auteurs les actes résultant de l'exercice des professions libérales sont inestimables et ne constituent qu'un fait d'obligeance de la part du professionnel. Ils ne sauraient en eux-mêmes et directement faire l'objet d'un contrat, en ce sens que « celui qui les a promis ne peut être civilement contraint à l'exécution de sa promesse ». Néanmoins, ces auteurs concèdent « que rien n'empêche qu'une chose déterminée, à produire (*opus*), ne devienne l'objet d'une convention civilement efficace bien que le résultat doive être l'exercice de facultés intellectuelles de l'ordre le plus élevé. »

Expliquant leur pensée, Aubry et Rau ajoutent : « Si des actes dépendant d'une profession libérale ne sont pas en eux-mêmes susceptibles de former l'objet d'un engagement obligatoire pour celui qui les a promis, ils n'en constituent pas moins, à raison de l'avantage qu'ils sont destinés à procurer, une cause suffisante pour valider la promesse de rémunération faite par celui au profit duquel ils doivent être accomplis. »

6. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français,* t. IV, § 344, texte et notes 2 à 4. T. V, § 371 *bis*, p. 338, texte et note 1 *bis*.

7. Guillouard, *Droit civil,* 3e éd., t. II, p. 263. Pont, *Traité du mandat,* n° 825. Garsonnet, *op. cit.*, p. 407, § 99.

Cette théorie est inspirée par l'antique distinction des « *operæ liberales et illeberales* ».

Elle prétend, en résumé, que les services des professions libérales sont une cause suffisante pour valider la promesse d'honoraires, mais lorsque les services promis n'ont pas été effectués, leur exécution ne peut être obtenue en justice en invoquant l'accord intervenu. Les services rendus par ceux qui exercent des professions libérales étant inestimables et ne pouvant être exécutés par la force, ne sont pas susceptibles d'être l'objet d'une obligation contractuelle.

Cette opinion nous semble critiquable. Il est certain que les soins d'un médecin ou la plaidoirie d'un avocat n'ont pas une valeur objective déterminée comme un article de commerce, mais il ne s'ensuit pas qu'ils soient inappréciables (8). Le prix des visites médicales, des opérations, des plaidoiries, variera avec l'autorité et la compé-

8. V. Glasson, note sous Agen, 4 mars 1889, D. 1890, 2. 28. « Tout service peut recevoir une rémunération en rapport avec sa valeur, peut en d'autres termes être évalué en argent. Ce qui le prouve c'est que les honoraires des avocats ne sont pas les mêmes pour tous précisément parce que tous n'ont pas le même talent. De même les tribunaux se permettent parfois de réduire les honoraires des avocats, nouvelle preuve qu'on peut établir un rapport pécuniaire entre le service rendu et son émolument ». V. aussi Toulouse 15 janv. 1907, D. P. 07, 5, 25. Civ. 24 août 1917, D. P. 1917. 1. 1.

tence du professionnel et la difficulté du cas qui lui est soumis. Leur évaluation sera plus relative qu'absolue, mais n'est-ce pas là la règle générale?

Le fait que l'avocat ou le médecin ne peuvent être forcés « *manu militari* » à remplir leur promesse, n'est pas non plus déterminant. Ils ne sont pas contraignables à l'exécution de leurs engagements comme tout débiteur d'une obligation de faire. Personne n'en conclut que ces obligations n'existent pas et l'art. 1142 du Code civil prévoit précisément leur sanction sous forme de dommages-intérêts. Cette sanction sera évidemment arbitraire, car il sera difficile d'évaluer les conséquences de cette inexécution, mais cette difficulté n'a jamais arrêté les tribunaux.

Il y a une convention à l'origine de ces rapports de clientèle. Le client a demandé au professionnel de faire quelque chose pour lui et moyennant honoraires, ce dernier a accepté. On voit mal ce qui empêche cet accord de volontés d'être un contrat. Il remplit bien les conditions exigées par l'art 1108 du Code civil et se résout pour le professionnel en une obligation de faire et de la part du client en une obligation de donner.

De nos jours l'accord de volontés suffit à créer le contrat. Il n'est plus nécessaire qu'une partie remplisse son obligation pour obliger l'autre à exécuter la sienne, et donner par ce moyen force exécutoire à la convention. Le contrat existe dès

qu'il est voulu par les parties. Il est valable si les conditions relatives au consentement, à la capacité, à l'objet et à la cause sont remplies. Or, en l'espèce, rien ne permet de douter de son existence et de sa validité. L'opinion d'Aubry et Rau semble d'ailleurs abandonnée tant en doctrine qu'en jurisprudence.

Section II

Théorie du mandat.

Cette théorie (9) directement inspirée par le droit Romain a été exposée par le juriconsulte Pothier dans un exemple souvent cité : « Je vais trouver un célèbre avocat pour le prier de se charger de la défense de ma cause. Il me dit qu'il veut bien s'en charger; je l'en remercie et je lui dis que pour lui donner une faible marque de ma reconnaissance, je lui donnerai le *Thesaurus* de Meermann qui manque à sa bibliothèque. Il me répond qu'il accepte volontiers mon présent que je lui fais de si bonne grâce. Quoique je promette

9. Pothier, *Traité du mandat*, n° 23 à 26. V. Troplong *Traité du louage*, n° 791 et s. *Traité du mandat*, n° 164. V. sur ce sujet Planiol, *Traité élémentaire de droit civil* n° 2232, Baudry-Lacantinerie Wahl, *Droit civil*, t. III, p. . Demante et Colmet de Santerre, *Droit civil*, t. 8, n° 204 *bis*.

à cet avocat le *Thesaurus* de Meermann, le contrat qui intervient entre nous n'en est pas moins un contrat de mandat, parce que ce que je lui promets n'est pas le prix de la défense de ma cause dont il se charge. Cette défense de ma cause étant quelque chose qui n'est pas appréciable, le mandat ne laisse pas d'être gratuit parce que cet avocat n'exige rien pour se charger de l'affaire qui en fait l'objet. La promesse que je lui fais de ce *Thesaurus*, qu'il a accepté, est une convention qui, quoiqu'elle intervienne en même temps que le contrat de mandat, n'en fait pas néanmoins partie et lui est étrangère.

Les conséquences de cette opinion sont, de nos jours, très satisfaisantes.

Ce contrat oblige le professionnel à exécuter le mandat que lui a donné son client, conformément à l'art. 1991 du Code civil et s'il ne remplit pas cette obligation, le client sera autorisé à lui demander réparation du préjudice que lui cause sa négligence. Le mandataire devra accomplir sa mission en bon père de famille et il sera déclaré responsable des fautes qu'il peut commettre (10) (art. 1992, 1er al.), mais la diligence dont il est redevable devra être appréciée en tenant compte

10. Req. 15 nov. 1897, D. P. 97. 1. 620. Req. 23 mars 1908, D. P. 1908. 1. 247. V. aussi Montpellier 6 février 1893, D. P. 94. 2. 212. Req. 5 nov. 1894, D. P. 96. 1. 33. Bordeaux 31 octobre 1904, D. P. 1905. 2. 264.

du caractère gratuit de ses fonctions (art. 1992, 2e al.).

Conformément à l'art. 1993, le professionnel ayant rempli sa mission devra rendre compte à son client.

De son côté, le client devra rembourser à son médecin ou à son avocat, les dépenses faites par lui pour l'exécution du mandat et les intérêts de ses dépenses, à dater du jour où elles ont été faites (11), et l'indemniser des pertes involontaires subies par lui au cours de son mandat (12).

Il pourra également, si le professionnel ne lui donne pas satisfaction, le révoquer conformément à l'art. 2004, comme inversement le mandataire pourra renoncer à ses fonctions en vertu de l'art. 2007 (13).

Cette théorie nous semble cependant mal fondée en fait comme en droit.

Le principal argument de Pothier et des jurisconsultes du moyen âge et plus tard de Troplong, sous l'empire du Code civil, est le caractère noble et élevé des services rendus qui interdit de les assimiler juridiquement au travail d'un ouvrier.

Mais rien ne commande cette distinction toute philosophique entre les services rendus par telle

11. V. cependant Cass. civ., 21 août 1872, D. P. 73. 1, 113, 18 mars 1850, D. P. 1850. 1. 101.

12. Req. 28 oct. 1907, D. P. 1908. 1. 481. note Boistel.

13. Metz 21 mai 1967, D. P. 67. 2. 110.

ou telle catégorie de personnes et on ne voit pas en quoi le contrat de mandat peut être considéré *à priori* plus noble que le louage. Il y a là un parti pris né du préjugé dont nous avons parlé au début de cet ouvrage et qui doit être repoussé.

Le mandat s'accompagne, de plus, de l'idée de représentation d'une personne par une autre. L'art. 1986 le définit comme étant « un contrat par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom » (14). Les derniers termes de la définition sont formels, ils assimilent mandat et représentation (15), comme l'admet d'ailleurs la jurisprudence. « Le caractère essentiel de ce contrat (mandat), dit la Cour de Cassation, consiste dans le pouvoir donné au mandataire de représenter le mandant (16) ». « Le mandat est un con-

14. Le Code civil italien dans son art. 1737 ne considère pas l'agissement au nom du mandataire comme essentiel au mandat, il a substitué les termes « *per conto di un altra personna* » aux mots « en son nom » de notre code civil. Par contre l'art. 349 du code de commerce italien emploie les expressions : pour le compte et au nom du mandant.

15. V. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XXVII, p. 374. Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 155. Colin-Capitant, *Traité élémentaire de droit civil français*, t. I, n° 175 et s. Demogue, *Traité des obligations*, t. I, p. 173 et s. Paul Colin, *De la détermination du mandat salarié*, Thèse Paris 1932, pp. 122 et s.

16. Cass. civ., 14 avril 1886, S. 87. 1. 76. V. aussi Cass.

trat consensuel qui implique le pouvoir donné au mandataire de représenter le mandant et d'agir en ses lieux et place et en son nom (17) ».

Or, dans les professions libérales, le professionnel ne représente pas toujours le client.

Lorsque l'architecte dresse les plans et le devis d'un immeuble, il agit certainement pour le compte de son client, mais il n'est pas son mandataire (18). Pareille solution doit s'appliquer lorsqu'il dirige et surveille les travaux. La jurisprudence le qualifie cependant de mandataire dans ses rapports avec l'entrepreneur, pour la vérification des mémoires (19).

L'avocat représente ses clients devant le juge de paix (20), les conseils de prud'hommes et les juridictions commerciales, mais c'est l'avoué qui les représente devant les tribunaux civils et les cours d'Appel. L'avocat n'est plus alors que le porte-parole de ses clients et même s'il rédige les

civ. 15 juin 1898, S. 99. 1. 209. Montpellier 19 février 1924, D. H. 1924. 380.

17. Paris 22 février 1926, *Gaz. Pal.*, 1926. 2. 668.

18. V. Colin Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 787 (*a contrario*). Corberand, *Manuel juridique de la responsabilité des architectes et entrepreneurs*, p. 10.

19. Civ. 3 nov. 1926, D. P. 1927. 1. 77, contra Paris 7 nov. 1891. Pand. fr. 1892. 2. 238.

20. Trib. civ. Seine 17 janv. 1934. Rep. Commaille 1934. 1. 11761.

conclusions, c'est l'avoué qui en les signant en prend seul la responsabilité (21).

Les médecins ne représentent pas leurs clients, plus que les professeurs libres ne représentent leurs élèves (22).

L'objection est réduite si l'on admet avec certains auteurs que la notion de représentation pour être fréquente dans le contrat de mandat, n'y est pas cependant essentielle (23). « La définition de l'art. 1984, dit Guillouard, suppose que le mandataire dans notre droit moderne agit toujours au nom du mandant; or, si telle est bien la forme ordinaire du mandat, ce n'est pas la seule forme qu'il puisse prendre et les parties peuvent convenir que le mandataire agira en son nom pour le compte du mandant. » « La définition de l'art. 1984, déclare M. Planiol, ne convient qu'à une seule variété, au mandat ostensible ou représentatif. »

Mais même étranger à toute représentation, le

21. Sur le rôle de l'avocat dans les consultations qu'il donne à ses clients, v. Appleton, *Traité de la profession d'avocat*, p. 397. Sergeant, *Nature juridique du ministère de l'avocat*, Thèse Lille 1901. Cass. civ. 19 déc. 1899. D. P. 1900. 1. 105. note Claro, S. 1901. 1. 273. note Wahl. Montpellier 10 février 1924 D. H. 24. 380. V. aussi Lecoq: Les avocats au Maroc, *Rev. trim.* 1925, p. 301.

22. Seine 5 juin 1893, *Journal des Sociétés* 1894. 37.

23. Guillouard, *Du mandat*, p. 322. n° 7. Troplong, *Traité du mandat*, pp. 19 et s. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 2231, p. 745.

mandat ne pourrait encore convenir aux professions libérales à cause de sa gratuité (24). C'est là son caractère normal. L'art. 1986 déclarant que « le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire », laisse supposer que ce contrat peut être gratuit ou onéreux. Ce texte signifie simplement que le salaire n'est dû qu'autant qu'il est expressément stipulé, mais le régime propre du mandat, — nécessairement fonction de son économie — est organisé en tenant compte de son caractère gratuit.

L'art. 1994 prévoyant la possibilité pour le mandataire de se substituer un tiers dans l'exécution de sa mission, l'art. 2.000 prévoyant le remboursement par le mandant des pertes essuyées par le mandataire au cours de sa gestion, l'art. 2002 édictant la solidarité pour tous ceux qui ont constitué le même mandataire dans une affaire commune, l'art. 2007 permettant au mandataire de renoncer à sa mission, ainsi que l'art. 2004, ne s'expliquent que par le caractère gratuit de ce contrat. Nous trouvons des dispositions analogues dans le prêt à usage : contrat aussi normalement gratuit (25).

Pour que le contrat conclu entre le professionnel et son client soit véritablement un mendat, il

24. Falque-Pierrotin, *Les éléments constitutifs du contrat de Mandat*, Thèse Caen 1933.

25. V. art. 1886, 1887, 1889 Code Civil.

faudrait (26) que — constituant un acte d'amitié de la part du professionnel — il soit gratuit. Or, il n'en est plus (27) et ne peut en être ainsi. Le droit des avocats à réclamer leurs honoraires en justice a été longtemps contesté (28) et l'est encore aujourd'hui. La jurisprudence l'a cependant formellement consacré (29). De nos jours, l'activité professionnelle est essentiellement ordonnée au paiement d'une rémunération; devant subvenir aux besoins de l'individu, elle comporte nécessairement pour but, la réalisation d'un gain; et il y a même contradiction entre l'idée de mandat

26. La Jurisprudence (Cass. 31 déc. 1885 S. 86. 1. 144 — Cass. 24 juillet 1900 S. 1901. 1. 9 — Lyon 7 déc. 1909 D. 1913. 2. 73) ne semble pas s'arrêter au critérium d'après lequel le mandat supposerait toujours l'exécution d'un acte juridique (V. Planiol, *Traité élém.*, p. 747, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 154, § 410, note 2 *bis*).

27. V. à ce sujet Josserand, *Le Déclin du titre gratuit et sa transformation. Evolutions et actualités*, conférences de droit civil Paris 1936, pp. 135 et s.

28. V. Cons. de discipl. des avocats de Paris, 6 janv. 1852 D. P. 53. 3. 13. Mollot, t. 2, pp. 256 et s.

29. Aix 14 juin 1905 D. 1911. 2. 185, Trib. civ. Charleville 28 mars 1907 D. 1907. 2. 147. Alger 27 fév. 1924 D. H. 1924. 378. Wahl, *Revue trimestrielle*, 1903, p. 497 et s.: Le droit de l'avocat aux honoraires. Garsonnet, *op. cit.*, t. 1, § 254. Appleton, *Traité de la profession d'avocat*, pp. 409 et s. Blanchart, *Le droit aux honoraires dans les professions libérales*, Thèse Paris 1936.

et l'idée de profession qui suppose la rémunération des services rendus (30).

Section III

Théorie du louage de services.

« Il y a deux sortes de contrat de louage : celui des choses et celui d'ouvrage » (art. 1708, C. civ.).

Le louage de choses se subdivise en louage de maisons, de terres, de meubles et de cheptel.

Le louage d'ouvrage comprend lui-même : le louage des gens de service ou contrat de travail (31), le louage des voituriers qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises et enfin le louage des entrepreneurs d'ouvrage par suite de devis ou marchés, c'est le louage d'industrie.

Cette dernière classification est défectueuse. Le louage des voituriers devrait rentrer dans le louage

30. Si la Jurisprudence qualifie souvent de mandat le rapport de clientèle c'est aussi pour pouvoir tirer argument de l'art. 1999 pour la réduction du salaire du mandataire, v. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Thèse Toulouse 1920, pp. 183 et s., t. I.

31. V. au sujet de cette appellation Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, pp. 658 et 659.

d'industrie (32), qui formerait avec le contrat de travail les deux seules variétés de louage de personnes : la « *locatio o operis* » et la « *locatio operarum* » du droit Romain.

La théorie qui qualifie de contrat de louage la convention intervenue entre le professionnel et son client a été soutenue, dès le moyen âge, par le jurisconsulte Cujas, qui s'exprime en ces termes : « *Generaliter locator est qui dat utendum vel faciendum aliquid; qui accipit, conductor : unde qui custodiendis vestimentis nostris operam suam exhibet locator est, nos conductores sumus; at hic qui vestimenta custodieuda suscipit conductor est, nos locatores; et juris professor, si ad docendum suas operas exhibeat, ac de mercede paciscatur, locator est, discipuli sunt conductores; quod si juris professor complures in ejus disciplinam se dantes adocendos suscipiat, conductor est discipuli sunt locatores* (33) ».

Dans un autre passage de ses œuvres (34), Cujas faisant le portrait de l'avocat, cite les paroles de Sénèque dans l'*Hercule furieux* :

32. Le projet franco-italien a abandonné la division du louage en louage de choses et louage d'ouvrage. Il traite en trois titres séparés : du louage, du contrat de travail, du contrat d'entreprise. (cité par Colin-Capitant, *op. cit.*, t. II, pp. 575 en note).

33. Observ. lib. II, cap. XXVIII.

34. Cujas : Comment., *in lib.* III *Resp. Papian ad leg.* 7 *mandati.*

« *Clamosi rabiosa fori jurgia vendunt*
« *Iras et verba locant...* »

La convention du professionnel et de son client peut rentrer même de nos jours dans la définition que l'art. 1710 du Code civil donne du louage d'ouvrage « contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles ». Il y a bien dans le rapport de clientèle engagement de l'une des parties de faire quelque chose pour l'autre et d'autre part, stipulation d'un prix en paiement du travail fourni.

Mais si l'on peut admettre que cette convention se traduit en droit par un contrat de louage, la question se pose de savoir qui, du contrat de travail ou du contrat d'entreprise, s'appliquera.

Les intérêts de cette détermination sont multiples.

Dans le louage d'entreprise ou « *locatio operis* » le *locator* s'engage à faire un travail d'ordre quelconque moyennant une rémunération déterminée. Les risques sont à sa charge, si l'ouvrage qu'il a promis n'est pas réalisé il n'a droit à aucune rémunération. Au contraire dans le contrat de travail les risques sont pour le maître parce que le salarié a toujours droit à la rémunération de son travail qu'il ait ou non produit un résultat.

Les garanties de paiement du travail effectué ne sont pas les mêmes. La plupart des salariés liés à l'employeur par un contrat de travail ont un

privilège général sur ses meubles. Le *locator operis* n'a pas de privilège à l'exception des architectes et entrepreneurs (art. 2103 4°).

Les lois protectrices du travail et du salaire du travailleur s'appliquent aux seuls salariés et ne peuvent être invoqués par l'entrepreneur.

Dans les professions libérales peut-on dire que l'avocat, le médecin, le professeur libre sont des salariés liés à leur client-employeur par un contrat de travail ? (35)

D'éminents auteurs l'ont admis (36).

Certes, le fait que ces professionnels reçoivent des honoraires et non pas un salaire n'est pas de nature à déterminer leur qualification juridique. Salaires ou honoraires ne signifient que : prix des services rendus. « De nos jours, dit Laurent à propos des avocats, on donne à ces professionnels des billets de banque et comme les plaideurs pourraient bien oublier leur tribut de reconnaissance une fois la cause terminée, l'avocat exige et il a raison d'exiger que le client consigne une somme

35. En ce sens Aix 16 juillet 1931 D. 32. 2. 5. Trib. Seine 5 juin 1893, *Journ. Soc.*, 1894, p. 37.

36. Duvergier, *op. cit.*, t. IV, n° 267. Laurent, *Droit civil*, t. XXVII, n° 333 et s. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. III, n° 907. M. le Professeur E. H. Perreau, *Eléments de jurisprudence médicale*, pp. 201 et s. admet en principe le louage de services mais écarte certaines de ses applications en raison de la nature particulière du contrat intervenu.

plus ou moins considérable suivant l'importance de l'affaire ; où est donc la différence entre salaire et honoraire?... ces distinctions sont dignes de la scolastique (37)!

Mais ce sont surtout les conséquences de cette théorie qui nous semblent convenir seulement à une activité différente de celle des professions libérales.

Si l'on admet la thèse du louage de services, il faut appliquer aux professions libérales les règles protectrices du travail et du salaire: loi sur les accidents du travail du 9 avril 1898, loi sur le repos hebdomadaire du 13 juillet 1906, loi du 12 juillet 1895 sur l'insaisissabilité relative du salaire et du 5 avril 1910, etc...

L'article 1780 du Code Civil modifié par la loi du 27 décembre 1890 serait aussi applicable. Il décide que la résiliation du contrat de travail par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts.

Mais en l'espèce il aboutit à entraver complètement la liberté du client, et que penser d'un contrat qui interdit au malade sous peine de dommages-intérêts de rompre sans préavis avec le médecin qui le soigne s'il n'a plus sa confiance, et qui empêche le médecin de sauvegarder sa dignité lorsque son client n'écoute pas ses conseils et ne respecte pas ses prescriptions?

37. Laurent, *loc. cit.*

Malgré les termes extensifs qu'emploie le Code Civil pour le définir nous ne croyons pas que le louage de services puisse qualifier le rapport de clientèle. Les rapports de dépendance inhérents à la qualité de travailleur salarié exigent pour les professions libérales d'autres conceptions.

Quelle est en effet la caractéristique du contrat de travail?

On a invoqué le critère tiré du mode de rémunération des services rendus (38). Si cette rémunération est établie proportionnellement au temps il y a louage de services, si elle est établie d'après l'importance du travail effectué c'est un contrat d'entreprise.Mais une même personne est souvent payée à la fois selon l'importance de son travail et proportionnellement au temps. La Jurisprudence repousse en général cette distinction (39).

Les Tribunaux recourent plutôt à la notion de dépendance et considèrent qu'il y a louage de services toutes les fois que l'exécution du travail promis place, d'une façon continue, celui qui le fournit dans une situation de subordination vis-à-vis de celui qui le rémunère (40).

38. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, p. 658, n° 1898. Costes, *Nature juridique du contrat d'entreprise*, Thèse Toulouse 1913.

39. Amiens 20 mars 1900. S. 1902. 2. 45. Civ. 22 fév. 1909. D. 1911. 1. 297.

40. V. Cuche, Du Rapport de dépendance élément constitutif du contrat de travail, *Rev. crit.* 1913, pp. 412 et s.

Cette dépendance peut se manifester par des circonstances diverses.

Elle sera économique (41) pour celui qui tire normalement ses moyens d'existence du travail que lui procure l'employeur. Elle sera technique (42) si l'employé exécute son travail dans un local et avec des instruments que lui fournit l'employeur, sous sa surveillance ou celle d'un de ses préposés qui peut diriger ou contrôler son activité. La

Colin Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 632. Colin, *Du mandat salarié, op. cit.*, pp. 85 et s. Zinguerewitch, *La notion de contrat de travail et son application en matière d'assujettissement aux lois sociales*, Thèse Bordeaux 1936. V. au contraire pour l'entrepreneur ou le tâcheron. Req. 8 janv. 1907. D. P. 1901. 1. 423. S. 1907. 1. 353.

41. Poitiers 9 juin 1913 et 12 juin 1918 D. 1920. 2. 41. Req. 9 nov. 1904 D. 1913. 1. 6. La subordination économique est le critérium adopté par M. Cuche : « Il y a louage de services ou contrat de travail toutes les fois que l'exécution du travail quel que soit son mode de rémunération place celui qui le fournit dans un rapport de dépendance économique ou de subordination à l'égard de celui qui le rémunère », Cuche, *op. cit.*, pp. 412 et s. *Précis de législation industrielle*, p. 140, n° 141.

42. Req. 5 nov. 1904 D. 1913. 5. 6. Req. 24 juin et Civ. 30 déc. 1908 D. 1911. 1. 35. Req. 12 déc. 1910 D. 1911. 1. 254. Req. 4 janv. 1911 D. 1911. 5. 15, 13 fév. 1912 D. 1913. 5. 6., 19 fév. 1912 D. 1913. 5. 7, Paris 17 décembre 1921 D. 1922. 2. 10. Cass. civ. 24 avril 1925 D. 1927. 1. 141 S. 1928. 1. 65, 19 janv. 1927 D. 1928. 1. 17 note Savatier. Cass. civ., 27 mai 1930 S. 1930. 1. 386.

subordination juridique (43) résultera plus spécialement du fait d'obéir à des ordres donnés, de n'agir qu'en conformité à l'intention de l'employeur, d'être son préposé pour l'exécution du travail commandé.

C'est cette notion de dépendance juridique que la Jurisprudence tend à admettre comme seule caractéristique précise de la dépendance de l'employé vis-à-vis de l'employeur (44).

Elle est essentielle au contrat de travail, elle en constitue le critérium.

Or nous ne la retrouvons pas dans les professions libérales. L'avocat, le médecin ne travaillent pas sous la direction de leurs clients, ils ne sont pas soumis à leurs ordres, ils ne sont pas leurs préposés.

Exceptionnellement lorsque le médecin par exemple, se trouve lié d'une façon permanente et exclusive à une administration publique, une compagnie de chemins de fer, d'assurances ou à une société et qu'il s'est engagé à soigner le personnel de cette compagnie ou de cette société il y a certainement louage de services. Le traitement du médecin est fixé à l'avance et surtout sa dépendance

43. Dijon 20 juillet 1927 D. 1928. 2. 13, note Besson.

44. V. Cass. civ., 24 avril 1925 D. 1927. 1. 141. Rouast, dans Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, n° 776. Rouast et Givort, *Traité du droit des accidents du travail et des maladies professionnelles*, pp. 25 et s., pp. 80 et s.

vis-à-vis de la société qui l'emploie lui donne le caractère de préposé et révèle le contrat de travail. Il faut alors admettre l'application des règles propres de ce contrat et des lois sociales protectrices du travail (45).

Au contraire lorsque cette dépendance ne se retrouve pas et c'est le cas pour la presque totalité des rapports de clientèle, nous ne pouvons admettre qu'il y ait contrat de travail.

La seule qualification juridique qui convienne est le contrat d'entreprise (46).

La convention intervenue entre le professionnel et son client rentre alors très bien dans le cadre de l'article 1789 du Code Civil prévoyant le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail et son industrie, le « *locator* » fournissant la matière. Seulement l'engagement du professionnel entrepreneur est particulier en ce que ce dernier ne promet pas de guérir son client ou d'obtenir pour lui gain de cause mais seulement de le soigner ou de s'efforcer de lui faire gagner son procès. Son

45. V. en ce sens Paris 17 nov. 1921 D. P. 1922. 2. 10 au sujet d'artistes de théâtre ou de cinéma. Paris 24 juillet 1929, *Gaz. Pal.* 1929. 2. 682. Trib. civ. de Grenoble 19 fév. 1930 D. H. 1930. 312. Pour les médecins, v. Limoges 25 oct. 1932, *Gaz. Pal.* 1933. 1. 119.

46. En ce sens Rouast dans Planiol et Ripert, t. XI, n° 776. Au sujet du contrat d'entreprise v. Costes, Thèse Toulouse 1913 : *Les caractères du contrat d'entreprise.*

obligation comme dit M. Demogue (47) est une obligation de moyen et non de résultat. Nous aurons l'occasion de faire application de ce principe en matière de responsabilité du professionnel vis-à-vis de sa clientèle.

Certes le contrat de louage d'entreprise ne tient pas suffisamment compte de l'élément confiance pour lequel le mandat convenait mieux. De même la théorie du contrat de travail assurait une protection plus efficace des honoraires de ces professionnels.

Nous croyons malgré cela et malgré les caractères bien particuliers de la convention que le contrat d'entreprise est la meilleure qualification juridique du rapport de clientèle (48).

47. Demogue, *Traité des obligations*, t. V, n° 1237. H. Mazeaud, Esai de classification des obligations, *Rev. trim.* 1936, 1er fasc., pp. 1 et s.

48. Quelques décisions (Douai 21 mai 1932, rec. Douai 1932-1933, Denise Tripez, Thèse Lille 1934. Contrat médical et responsabilité civile des médecins) ont invoqué la solution du contrat « *sui generis* »; elle est facile et dangereuse. Elle aboutirait à une véritable anarchie juridique. Le fait que l'activité humaine par sa complexité et sa diversité déborde les cadres logiques du Code civil ne justifie pas l'abandon des principes fondamentaux. Les caractères juridiques essentiels des contrats spécialement étudiés par le Code demeurent comme par le passé. Si leurs applications ont évolué, leur nature propre n'a pas changé; et ne serait-ce que pour suppléer au silence des parties contractantes, il y a toujours intérêt à recourir à ces principes certains.

CHAPITRE II

Protection du client dans ses rapports avec le professionnel

La protection du client dans ses rapports avec le professionnel doit être envisagée à un double point de vue.

Ce dernier peut tout d'abord commettre une faute dans la prestation de ses services: négligence, erreur, dol. Il est naturel que le client soit dédommagé du préjudice qui lui est ainsi causé. Nous verrons comment la Jurisprudence entend ce droit à réparation, les preuves qu'elle exige et les modalités sous lesquelles elle l'accorde. Par là nous pourrons apprécier l'étendue des obligations du professionnel et partant ce que le client est en droit d'exiger de lui.

En second lieu et bien qu'aucune faute ne soit relevée à la charge du professionnel, les honoraires réclamés peuvent être exagérés. La Jurisprudence s'est ici arrogé le droit de les réduire en l'absence de toute disposition législative et en violation du principe fondamental de l'article 1134 établissant que les conventions légalement formées font la loi des parties. Nous verrons la raison de cette inter-

vention jurisprudentielle, les divers systèmes proposés pour la justifier et enfin son application pratique.

Section I

Protection du client en cas de faute du professionnel.

Le principe même de la responsabilité ne doit pas être mis en doute dans les professions libérales plus qu'ailleurs. « Quiconque se charge d'un ouvrage, disait Pothier à propos de l'architecte, s'engage à le bien faire et selon les règles de l'art, « *spondet peritiam artis* » (1). Chaque professionnel a l'obligation de bien exercer ses fonctions, il doit les connaître et il répond du défaut de ses connaissances.

Certains cependant et notamment les médecins, en raison de l'initiative dont ils sont appelés à faire preuve dans l'exercice de leurs fonctions, réclament le droit de n'être responsables d'une façon générale que de leur faute lourde ou de leur dol (2).

1. Traité du louage, n° 425-426.

2. « Souvent, trop souvent des médecins ont été condamnés qui n'étaient coupables que d'avoir essayé coûte que coûte de sauver la vie de leurs clients. Les juges sont nourris de formalisme et de droit étroit. La déformation professionnelle les amène naturellement à trancher des

Mais ces prétentions sont contraires aux principes du droit commun qui exige la réparation de tout dommage causé à autrui. Dès avant le Code Civil le jurisconsulte Domat avait posé le principe dans toute son étendue : « Toutes les pertes, tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelques personnes, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce que l'on doit savoir ou autre faute semblable, doivent être réparés par celui dont l'imprudence ou toute autre faute y a donné lieu, car c'est un tort qu'il a fait quand même il n'aurait pas eu l'intention de nuire » (3).

Si l'on repoussait ce principe on érigerait en dogme l'irresponsabilité non seulement du médecin mais aussi des autres professionnels qui doivent faire preuve d'initiative dans leurs fonctions. Cette conception est insoutenable. Elle est d'ailleurs rejetée par la jurisprudence (4). La médecine est un art conjectural et sans cesse en voie d'évolution. Mais « mise à part les questions scientifiques à débattre entre docteurs, si les faits reprochés sortent de la classe de ceux qui par leur na-

questions qui leur sont étrangères; il est rare qu'un magistrat ne convienne que le seul port de l'épitoge suffise à conférer toutes les compétences ». Chronique juridique du *Temps Médical*, janv. 1936.

3. Domat, liv. II. sect. IV n° 1.

4. Cass. 21 juillet 1862 D. 62. 1. 419. S. 1862. 2. 218. Req. 5 août 1874 S. 75. 1. 31. D. 75. 1. 478, 21 juillet 1919 D. P. 1920. 1. 30. Civ. 29 nov. 1920, *Gaz. Pal.* 21. 1. 68.

ture sont réservés aux doutes et aux discussions de la science la compétence de la justice est ouverte (5) ».

Le principe de la responsabilité professionnelle étant admis, la question de son fondement juridique se pose. S'agit-il d'une responsabilité contractuelle ou délictuelle? La première suppose l'inexécution d'une obligation préexistante née d'un contrat. La responsabilité délictuelle résulte au contraire de la violation des règles légales qui s'imposent à chaque individu indépendamment de tout contrat.

A première vue la question paraît fort simple. Moyennant honoraires le professionnel s'engage à fournir ses services à une personne qui les sollicite; il y a contrat et si l'une des parties se rend coupable d'inexécution ou de mauvaise exécution des engagements pris, la sanction relèvera des règles de la responsabilité contractuelle.

Cependant la Jurisprudence bien que très divisée sur la question applique le plus souvent les règles de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle (6).

5. Conclusions du Procureur général Dupin, Aff. Thouret-Noroy Cass. 18 janv. 1835 S. 1835. 1. 401. Note Perreau sous S. 1907. 2. 137, Toulouse 14 fév. 1925 D. H. 1925, p. 298.

6. V. cependant Aix 16 juillet 1931 D. P. 1932. 2. 5. Besançon 20 mars 1933 D. H. 1933. 292. V. aussi Agen 4 mars 1889 D. 1890. 2. 281 note Glasson. Pour la Doctrine v. H.

Les conséquences d'une détermination précise sont importantes.

Le débiteur qui n'a pas exécuté l'obligation dont il est tenu est passible de dommages-intérêts à moins que l'inexécution ne provienne d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée (art. 1147 C. civ.). Le créancier n'aura qu'à établir le défaut d'exécution. C'est au débiteur qu'incombe la charge de prouver le cas fortuit ou la force majeure qu'il invoque. Au contraire en matière délictuelle le demandeur en dommages-intérêts doit prouver non seulement le préjudice qu'il a subi mais encore que ce préjudice provient de la faute du défendeur, conformément à la règle « *actori incumbit probatio* ». S'il n'arrive pas à fournir cette preuve il sera débouté.

On admet aussi que le débiteur ne répondrait que de sa faute légère alors que le délinquant se-

et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2e éd. Paris 1934. Brun, *Rapports et domaines des responsabilités délictuelle et contractuelle*, Thèse Lyon 1931. Appleton et Salama, *le Droit Médical*, pp. 69 et s. Camerman, *La responsabilité civile des médecins*, Thèse Paris 1932, pp. 36 et s. J. Loup, *La responsabilité médicale*, Rep. Commaille 1934. 5. 11696. Fosse, *Responsabilité civile des avocats*, Thèse Montpellier 1935. Mazen, *Essai sur la responsabilité civile des médecins*, Thèse Grenoble 1934. Martin, *La faute professionnelle dans les professions libérales*, Thèse Lyon 1934. Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 1841 et 2232.

rait tenu de sa faute même très légère « *in lege Aquilia culpa levissima venit* (6 *bis*) ».

D'après l'article 1150 le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat lorsque ce n'est point par dol que l'obligation n'est pas exécutée.

L'auteur d'un dommage délictuel doit au contraire en réparer l'intégralité quand même ce dommage n'aurait pas été prévisible au moment où le délit a été commis.

La responsabilité contractuelle n'existe que si le contrat a été passé par une personne capable tandis que l'incapable qui commet un délit est tenu à le réparer du moment qu'il a conscience de se qu'il fait.

La prescription de l'action en dommages-intérêts est de dix ans pour les crimes, trois ans pour les délits et un an pour les contraventions; elle est de trente ans en matière contractuelle.

6 *bis*. Cette graduation est critiquée et rejetée par certains auteurs, elle ne se retrouve pas en Jurisprudence. « En matière contractuelle il y a faute dès que le débiteur a contrevenu à son engagement, n'a pas accompli toute la prestation qu'il devait fournir... C'est seulement en matière délictuelle qu'il y a lieu de comparer les agissements concrets du défendeur avec ceux qu'on aurait pu attendre de l'homme prudent et diligent. Maintenant la faute répréhensible chez un délinquant est-elle une *culpa levis* ou une *culpa levissima*. Peu importe, la question est toute théorique ». Colin Capitant, *op. cit.*, t. II, n° 192, p. 182.

Les clauses de non-responsabilité sont interdites en matière délictuelle; elles ne le sont en matière contractuelle qu'autant qu'elles auraient pour effet de protéger l'auteur d'une faute lourde ou d'un dol.

La Jurisprudence incline pour la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle. Se plaçant dans le champ d'application extrêmement général des articles 1382 et suivants, les Tribunaux admettent que si l'homme de l'art commet une faute, il enfreint les règles de sa profession, il lèse des droits garantis à tous par le législateur et partant, il tombe sous le coup des dispositions civiles qui sanctionnent les délits et les quasi-délits. « Ces faits matériels sont en effet de ceux qui peuvent entraîner la responsabilité civile de la part des individus à qui ils sont imputables et qui sont soumis d'après les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code Civil à l'appréciation du juge » (7). « On ne saurait, sans forcer les mots, ajoute M. Nast, parler de responsabilité contractuelle quand on est en présence d'une violation d'une obligation qui est demeurée en dehors de la volonté des parties et qui n'est imposée que par la loi, la coutume, ou la Jurisprudence (8) ».

Sans nier l'existence du contrat, les juges recou-

7. Cass. civ. 18 janv. 1835 S. 1835. 1. 401, aff. Thouret-Noroy.

8. Nast, sous Aix 16 juillet 1931 D. 1932. 2. 5.

rent donc au principe général des articles 1382 et 1383.

Il semble bien cependant que nous soyons en présence d'une responsabilité d'ordre contractuel. Il y a en effet un contrat, son existence est indéniable(9). Dès lors pourquoi en admettre seulement quelques conséquences et rejeter ou méconnaître les autres ?

Lorsque le médecin abandonne son malade les juges y voient la violation d'une obligation contractuelle (9 *bis*) ; c'est encore une obligation contractuelle que celle du client de payer les honoraires convenus. Et n'est-ce pas de cette même convention que naît pour le professionnel à la fois l'obligation de rendre les services promis et aussi sa responsabilité si ces services ne sont pas ou sont mal exécutés? La prestation de ces services ne demeure nullement en dehors de la volonté des parties comme le prétend M. Nast. En s'adressant au professionnel le client entend que les services qu'il lui demande soient bien exécutés. Ces services il ne les connaît pas mais peu importe. Expressément ou tacitement il se réfère aux règles

9. A supposer bien entendu qu'il y ait eu accord de volonté entre le professionnel et le client ou son représentant. Dans le cas contraire par exemple celui du médecin qui spontanément soigne un blessé, il y aurait gestion d'affaire et la responsabilité encourue par le professionnel serait appréciée conformément à l'art. 1374 C. civ.

9 *bis*. Pau 1er mai 1900 D. P. 1902. 2, 33.

de la profession, à ce qui normalement doit être exécuté et cela il le veut et le professionnel le lui promet. Logiquement la responsabilité ne peut être que contractuelle; la faute résulte de la violation d'une obligation qui est contenue dans le contrat (10).

Si les Tribunaux bien que reconnaissant l'existence et la validité du contrat s'en réfèrent cependant aux principes de la responsabilité délictuelle, c'est qu'en beaucoup de points les différences relevées entre les deux sortes de responsabilités ne se retrouvent pas en la matière.

Au point de vue de la preuve de la faute d'abord. L'avocat, le médecin, ne sont pas engagés envers leurs clients à obtenir pour eux gain de cause ou à les guérir. Ils ne peuvent pas promettre ce résultat qui ne dépend pas d'eux (11). Ils n'assument donc pas cette obligation de garantie qui se trouve dans le contrat de transport par exemple. « La raison interdit, écrit M. le Professeur E.-H.

10. V. Mazeaud, *op. cit.*, t. I, n° 206 « Le professionnel de par le contrat assume une obligation envers son client; sans doute les règles de sa profession le contraignaient déjà à ce qu'il s'est engagé à accomplir: l'obligation n'en a pas moins été introduite dans le contrat de telle sorte que sa violation entraînera seulement une responsabilité contractuelle », en ce sens Brun, *op. cit.*, p. 271, n° 245. Trib. civ. Belfort 19 déc. 1934. *Sem. Jurid.* 10 févr. 1935.

11. Riom 18 juillet 1928, *Gaz. Pal.* 1928. 2. 784.

Perreau, d'exiger du médecin le succès, il n'est pas dans ses moyens de le promettre. Les artisans et ouvriers sont en faute s'ils n'exécutent pas leurs promesses parce qu'ils sont en face de difficultés que leur volonté doit arriver à vaincre avec un effort suffisant. Mais dans les professions libérales le succès, le résultat, repose toujours sur un aléa dont l'équité refuse de rendre responsable celui qui les exerce (12) ». Leur obligation n'est qu'une obligation de « moyen » et non « de résultat (13) ». Dès lors l'échec de leurs services ne peut être assimilé à l'inexécution de leurs obligations.

Il en résulte que le client demandeur en dommages-intérêts ne pourra se contenter comme tout créancier de démontrer l'échec des services promis, il devra prouver la faute du débiteur, c'est-à-dire sa négligence ou son erreur. La charge de la preuve lui incombe donc comme en matière délictuelle.

Le champ d'application de cette responsabilité professionnelle sera sensiblement le même quelle que soit la thèse que l'on adopte. Nous avons vu en matière médicale qu'étaient seuls sanctionnés les manquements aux règles techniques suffisamment

12. E.-H. Perreau, *Eléments de jurisprudence médicale*, p. 257.

13. Demogue, *Traité des obligations*, t. V, n° 1237. V. aussi Planiol et Ripert, 5e éd. t. II, n° 589.

établies et communément admises, les thérapeutiques encore incertaines et discutées étant laissées au domaine de la science. La Jurisprudence applique ce principe pour toutes les professions (13 *bis*) indépendamment du fondement qu'elle attribue à la responsabilité encourue.

De plus la question de capacité nécessaire pour être responsable et qui varierait avec la nature de la responsabilité présente ici assez peu d'importance. Les médecins, avocats, professeurs libres, architectes sont bien tous majeurs lorsqu'ils exercent leur profession. Il en est de même pour la femme mariée qui aura toujours une autorisation générale au moins tacite de son mari.

Sur ces différents points le caractère professionnel uniformise la responsabilité. Elle sera sensiblement la même que l'on tienne compte ou non du contrat passé avec le client. C'est pourquoi la Jurisprudence ne se préoccupe pas d'en rechercher la nature exacte. Elle applique les articles 1382 et 1383 parce qu'ils constituent le principe général et que leurs effets aboutissent, sur les points indiqués, aux mêmes résultats (14).

13 *bis*. Crim. 16 avril 1921. S. 1923. 1. 142. V. aussi Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, n° 524 et s.

14. « Si les juges invoquent en matière contractuelle les art. 1382 et suiv. c'est uniquement parce que ces textes leur viennent à l'esprit les premiers; quand il n'y a pas d'intérêt pratique à distinguer l'action délic-

Mais il en est différemment en ce qui concerne l'étendue de la réparation du dommage, la compétence et la prescription de l'action en responsabilité.

L'étendue de la réparation imposée au professionnel se limitera au dommage direct qui a pu être prévu par les contractants. Ce serait en effet l'astreindre à une responsabilité écrasante que d'exiger de lui la réparation de tout dommage direct et indirect prévisible ou imprévisible comme y obligerait la thèse délictuelle (14 *bis*).

En ce qui concerne la compétence le client pourra seulement porter son action en réparation devant le tribunal du domicile du professionnel conformément à la règle « *actor sequitur forum rei* ». Si on admettait le caractère délictuel de la responsabilité le tribunal du lieu du délit serait aussi compétent.

Enfin au sujet de la prescription de l'action en responsabilité le délai de trente ans sera applicable (15). C'est là une solution bien dure pour le

tuelle de l'action contractuelle, les juges ne se préoccupent pas de le faire ». Mazeaud, *op. cit.*, n° 104 — « La Jurisprudence n'a pas de vue générale sur la nature de la responsabilité professionnelle, ce sont les intérêts pratiques qui lui font appliquer tantôt la responsabilité délictuelle tantôt la responsabilité contractuelle, Martin, *op. cit.*, p. 166.

14 *bis*. Cass. Req. 14 déc. 1926 D. H. 1927, p. 1.

15. V. à ce sujet Aix 16 juillet 1931 D. 32. 2. 5.

professionnel d'autant plus que si l'on admet la thèse de la responsabilité délictuelle ce délai est ramené à dix, trois ou un an. Pour l'architecte le législateur a réduit le temps de prescription à dix ans. Mais d'une façon générale ce délai évidemment excessif se justifie cependant si l'on considère que le client peut ne pas subir instantanément le dommage résultant de la faute professionnelle. Ses conséquences peuvent se révéler après un certain laps de temps et il serait injuste qu'il fût alors forclos dans sa demande. Est-il permis au professionnel de s'exonérer de sa responsabilité, c'est-à-dire de stipuler dans la convention qu'il ne sera pas responsable du dommage que le client peut éventuellement souffrir et dont il devrait sans cela l'indemniser (15 *bis*) ?

Le cas n'est pas théorique. Une pareille clause peut se présenter lorsque les dangers considérables d'une intervention chirurgicale ou d'un traitement encore mal connu auront déterminé le médecin à en rejeter la responsabilité. Que décider au sujet de sa validité?

Nous concluons sans hésitation à la nullité absolue de ces clauses pour la raison qu'elles sont contraires à l'ordre public. L'ordre public exige

15 *bis*. C'est en ces termes que M. Esmein définit la clause d'exonération. V. Esmein, Les clauses de non-responsabilité, *Rev. trim.* 1926, pp. 313 et s., 1934 pp. 351 et s. Durand, *Des conventions d'irresponsabilité*, Thèse Paris, 1931. Planiol et Ripert, t. VII, n° 851 et s.

en effet que le professionnel subisse les conséquences de ces actes fautifs. Si on lui permettait de limiter ou de s'exonérer de sa responsabilité ce serait autoriser sa négligence ou son incompétence et cela serait encore contraire à l'intérêt public (16).

On admet ordinairement en matière contractuelle que la clause d'exonération vaut seulement pour les fautes légères à l'exclusion de la faute lourde et du dol. Mais la même solution ne peut être admise ici; s'il y a en effet responsabilité contractuelle, l'ordre public (16 *bis*) est trop intéressé à l'exécution du contrat pour permettre aux parties d'en réduire les charges.

Section II

La Réduction du salaire promis.

Toute convention consiste essentiellement en un accord de volontés qui en détermine librement les effets juridiques et les modalités. Les parties orga-

16. V. Durand, *loc. cit.*, n° 93, pp. 256 et s.

16 *bis*. Cette notion d'ordre public qui exige la bonne administration des services du professionnel ne change nullement le caractère de sa responsabilité. En cas de faute il y a toujours violation d'une obligation contractuelle ayant pour objet des services demandés par le client et promis par le professionnel.

nisent en effet comme elles le veulent les droits et les obligations qu'elles créent entre elles; le législateur ne limite cette liberté que dans des cas où l'intérêt général, l'ordre public ou les bonnes mœurs le déterminent à édicter des règles impératives que les parties ne peuvent écarter.

Cette volonté suppose chez les contractants une volonté indépendante et égale. Or, les conditions économiques, les connaissances techniques de chaque partie amèneront dans la formation du contrat une inégalité certaine au profit du plus fort. La convention risque alors de se transformer en contrat d'adhésion, et ce danger sera particulièrement fréquent dans les rapports entre client et professionnel où les besoins de l'un et la compétence de l'autre mettront souvent le premier à la merci du second.

Le droit commun contient un ensemble de dispositions protectrices des incapables, mais il ne prévoit aucune règle spéciale pour les rapports de clientèle. Ce sont ici les Tribunaux, qui, par une série de décisions d'allure vraiment prétorienne, s'arrogent le droit de réduire les honoraires du professionnel lorsqu'ils leurs paraissent excessifs (17).

Nous allons examiner cette Jurisprudence et les

17. V. E.-H. Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, pp. 209, 210, 212, 214, t. II. Maury, *Essai sur* le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, t I, pp. 194 et s. Lamarche, *La réduction des honoraires*, Thèse Droit Dijon 1936.

arguments qu'elle invoque, nous verrons ensuite les critiques que lui adresse la presqu'unanimité de la Doctrine.

§ 1. — *Exposé de la Jurisprudence, son fondement.*

Deux hypothèses doivent tout d'abord être écartées.

Le consentement du client peut avoir été vicié par suite d'une erreur ou de manœuvres dolosives exercées par le professionnel. Le cas sera fréquent car ce dernier aura tendance à abuser de sa supériorité ou de l'urgence de ses services pour induire en erreur un client inexpérimenté et craintif. Les Tribunaux reconnaissent alors la nullité du contrat intervenu (art. 1109 C. Civ.). Si le vice du consentement ne porte que sur la fixation des honoraires le juge annulera seulement cette convention, si au contraire il y a indivisibilité entre les diverses clauses du contrat, s'il est vicié dans son ensemble, la nullité prononcée sera totale.

Il se peut aussi que les services demandés au professionnel n'aient pas été exécutés ou l'aient été seulement en partie; les honoraires stipulés seront alors réduits proportionnellement aux services rendus (17 *bis*).

La situation qui nous occupe est différente. Par hypothèse la convention d'honoraires, tacite ou ex-

17 *bis*. Cass. 9 mai 1866 D. 66. 1. 246.

presse, est juridiquement valable et les services promis ont été exécutés par le professionnel. Les Tribunaux s'arrogent alors le droit, en l'absence de toute disposition législative, de réduire le montant des honoraires fixés s'ils les jugent excessifs.

Cette jurisprudence vieille de plus d'un siècle (18) et qui ne s'applique pas d'ailleurs aux seules professions libérales est aujourd'hui parfaitement établie. On peut cependant relever une certaine divergence dans les arguments qu'elle invoque à l'appui de sa thèse.

Quelques arrêts se contentent d'affirmer le droit du juge d'intervenir dans le contrat et appliquent ce principe sans plus le justifier. Attendu, dit par exemple la Cour de Cassation « qu'en réduisant pour le proportionner à l'importance des services rendus le salaire stipulé par X., la Cour... n'a fait qu'user du pouvoir de contrôle et de revision qui appartient aux Tribunaux (19) ».

La plupart des décisions s'appuient au contraire sur l'article 1986 C. Civ. relatif à la gratuité du mandat. « Le mandat est de sa nature un acte de bienfaisance. Si l'article 1986 permet la stipulation d'un salaire au profit du mandataire, il re-

18. La première décision remonte au 11 mars 1824 (agent Isart).

19. Req. 11 mars 1913 D. 1913. 1. 408. V. aussi 18 avril 1855 S. 55. 1. 527, 1er juillet 1856 D. 56. 1. 464, 12 janv. 1863 S. 63. 1. 249. Civ. 9 mai 1966 D. P. 66. 1. 246. Req. 23 fév. 1877 D. P. 78. 1. 18.

sulte de l'exposé des motifs de cet article que le législateur n'a pas entendu autoriser les parties à fixer arbitrairement le prix du mandat et enlever ainsi au contrat tout caractère de désintéressement. Le salaire doit consister en une rémunération équitable, il ne peut jamais constituer un lucre (20) ». « Attendu, dit encore la Chambre civile de la Cour de cassation, que le mandat est un contrat gratuit de sa nature et que dans le cas de convention contraire, il appartient aux Tribunaux, à la différence du contrat de louage, de réduire le salaire convenu lorsqu'il est hors de proportion avec le service rendu (21) ». Le processus est donc le suivant : le rapport de clientèle s'analyse en un mandat qui de sa nature est gratuit. Si les parties, d'un commun accord, stipulent des honoraires, il faut au moins qu'ils soient équitables, sinon le juge pourra les réduire. Nous verrons la valeur de cet argument en exposant les critiques formulées contre cette jurisprudence. Les Tribunaux, sauf circonstances de fait particulières, l'invoquent en général pour appuyer leurs décisions.

D'autres jugements révèlent une troisième tendance. Ils recourent à la théorie de la cause et sans rejeter l'argument précédent de la gratuite

20. Lyon 15 mai 1893, *La loi* 1893, p. 815.

21. Cass. civ. 29 janv. 1867 D. 67. 1. 53 qui invoque aussi l'absence partielle de cause et la contrainte morale du client.

du mandat, ils en déduisent l'absence de cause des honoraires excessifs. « Pour ce qui dépasse la rémunération proportionnelle au service rendu, dit la Cour de Paris, il n'y a pas de cause suffisante... dès lors pour cette portion, il n'y a pas de cause valable (22) ». Recherchant quel est le motif de cette absence partielle de cause, la même cour admet qu'elle provient de l'impossibilité où s'est trouvé le client d'apprécier exactement l'étendue et la valeur des services promis par le professionnel avant leur exécution (23). Aussi, le déclare-t-elle irrecevable dans son action en réduction lorsque les honoraires ont été fixés après l'exécution des services promis, c'est-à-dire en connaissance de cause (24).

Un autre arrêt (25) — isolé semble-t-il — s'appuie enfin sur les dangers particuliers que présentent pour les clients certaines professions, notamment celle d'agent d'affaires, et il est d'autant plus

22. Paris 14 janvier 1903, *Gaz. Trib.* 3 mars 1903, comp. Bordeaux 13 décembre 1912 S. 1912. 2. 38.

23. C'est aussi l'idée de M. Perrin : *De la réductibilité des obligations excessives*, Thèse Paris 1905, pp. 300, 305, 332, qui admet que l'inégalité des prestations ferait présumer l'inexpérience, l'erreur même du contractant.

24. Paris 3 avril 1873 D. P. 73. 2. 299, 14 déc. 1910 *Gaz. Pal.* 1911. 1. 140, 13 déc. 1894 S. 97. 2. 214, 13 mai 1891 *Gaz. Pal.* 91. 2. 270.

25. Paris 25 nov. 1854 S. 54. 1. 527 confirmé par Cass. 18 avril 1855.

« nécessaire de les soumettre au contrôle de la justice, que de tels mandataires peuvent plus facilement surprendre le consentement de personnes peu éclairées ou entièrement étrangères aux affaires », et il considère comme une manifestation de cette surveillance judiciaire, la réduction des honoraires excessifs (26).

§ 2. — *Critique de cette jurisprudence.*

La presque unanimité (27) de la Doctrine s'élève contre cette jurisprudence. Elle leur reproche — quels que soient les arguments invoqués — de violer l'art. 1134 C. civ. établissant le principe général que les conventions sont la loi des parties. Quand le législateur veut permettre au juge de faire échec à ce principe, il le dit expressément, tels les cas prévus par les art. 1244, 1305... Or, aucun texte ne prévoit ici la réduction du salaire convenu. La jurisprudence agit d'une façon injustifiée et « il est peu de solutions aussi arbitraires

26. Il faut citer aussi l'argument de M. Glasson (note au D. 1890. 2. 281) qui justifie le droit de réduction des honoraires des avocats par les pouvoirs disciplinaires dont les Tribunaux sont pourvus vis-à-vis des auxiliaires de la justice.

27. V. cependant en faveur de cette jurisprudence Troplong, *op. cit.*, n° 632. Pont, *op. cit.*, t. I n° 1109. Guillouard, *op. cit.*, n° 164 et 166.

et méconnaissant aussi ouvertement la volonté de la loi » (28).

Les divers arguments invoqués par les Tribunaux sont également critiquables.

La gratuité du mandat ne justifie pas une violation même judiciaire du contrat. Les juges s'appuient sur l'art. 1999 C. civ., ainsi conçu : « Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis. S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ce remboursement et paiement, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres. » Puisque le code n'interdit que la réduction des frais et avances, prétendent les Tribunaux, c'est donc qu'il autorise celle du salaire convenu.

Mais un tel raisonnement qui conclut de ce que dit la loi à ce qu'elle ne dit pas est bien faible. Le salaire « est le résultat d'une entente entre les deux parties et on ne voit pas pourquoi le législateur aurait trouvé utile de spécifier que cette convention particulière doit être réglée comme les autres. Le fait que les frais et avances ne sont pas réductibles ne signifie pas que le salaire soit réductible dans le silence de la loi et on pourrait

28. Huc, *op. cit.*, t. XII, p. 32.

même prétendre qu'il y a dans l'art. 1999 un argument *a fortiori* pour la non-réductibilité de ce salaire (29) ».

Les arrêts invoquant l'insuffisance de cause sont aussi vivement critiqués. Il faudrait exiger dans toutes les conventions — et non seulement dans le rapport de clientèle — une égalité objective des prestations promises par chaque partie. « Mais cette égalité, déclare M. Ripert (30), ne se rencontrera jamais et lors même qu'elle serait apparente, elle ne peut exister entre deux êtres qui ont une volonté, une pensée et un but différents... l'inégalité est fatale et il est juste que les qualités manifestées dans le commerce juridique soient sources d'avantages. »

« Mais si chacun se présente avec ses qualités naturelles et acquises, il ne faut pas que la lutte contractuelle soit déloyale et elle le devient dès que l'un des contractants abuse de sa supériorité ». C'est là, nous l'avons vu, un autre argument de la Jurisprudence. Elle établit une présomption de lésion contre le professionnel qui est ainsi censé avoir circonvenu son client — et cela même en

29. M. le Professeur Maury à son cours de Doctorat : « L'autonomie de la volonté en droit civil ». C'est d'ailleurs pour invoquer cet argument que la jurisprudence qualifie de mandataires des professionnels qui ne le sont pas.

30. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 72. Perrin, *op. cit.*, Thèse Paris 1905, pp. 164 et s.

l'absence de manœuvres dolosives certaines. Le juge intervient alors pour protéger le client inexpérimenté et rétablir l'égalité du faible devant le fort. A cela la Doctrine répond que dans notre Droit civil, le dol n'est pas une cause de réduction, mais bien d'annulation des contrats, et quant à la lésion, elle ne peut être invoquée entre majeurs que dans des cas spéciaux (art. 1674, loi du 8 juillet 1907...)

La loi protège aussi les incapables et admet la réduction des engagements du mineur émancipé. Mais ici rien ne peut justifier cette solution jurisprudentielle contraire au droit commun.

A notre avis, ces critiques ne combattent pas et ne peuvent pas combattre efficacement cette jurisprudence. Elles n'opposent que des arguments de logique juridique à une suite de décisions basées sur l'équité.

Comme le préteur le faisait à Rome, les juges qui se trouvent en présence de stipulations d'honoraires excessifs accordent au client une action « *in æquum et bonum concepta* » dont l'équité est à la fois le fondement et la justification. « Les motifs invoqués se mêlent et se heurtent : caractère gratuit du mandat, absence de cause, défiance envers certains mandataires (31) ». Ce ne sont là que des constructions techniques destinées à recouvrir la simple notion d'équité ; le juge cherche à main-

31. Ripert, *op. cit.*, p. 109.

tenir une certaine équivalence dans le contrat. Ici, « la partie qui s'engage est le plus souvent incapable d'apprécier — tout au moins à l'avance — la valeur réelle des services promis, et il est dès lors nécessaire que le juge puisse rétablir l'équivalence objective que le contrat aura ignoré ou méconnu (32) ».

Ce critérium qui englobe les divers arguments invoqués par la Jurisprudence, explique pourquoi les Tribunaux n'admettent plus la réduction quand la convention d'honoraires a eu lieu après l'exécution des services promis, le client étant alors à même de les apprécier. Il explique aussi parce que procédant directement de la notion d'équité, la fermeté et l'extension de cette jurisprudence.

32. M. le Professeur Maury à son cours. Thèse *op. cit.*, t. 1. pp. 194, 195 et s.

TITRE II

Etude de la clientèle envisagée dans son ensemble

CHAPITRE PREMIER

Organisation juridique et protection de la clientèle.

La clientèle, avons-nous vu, est formée par l'ensemble des personnes qui recourent d'une façon habituelle aux services du même professionnel. Elle constitue une universalité de fait (1). Chacun des éléments qui la composent conservent leur individualité propre, ils ne se fondent pas dans l'ensemble. Bien plus, ils peuvent s'en séparer à leur volonté. Il en résulte que la clientèle envisagée en elle-même présente toujours un facteur d'incertitude. Elle ne constitue qu'un « agrégat de personnes toujours variable, susceptible d'augmenter, de diminuer ou de disparaître ».

1. V. Gary, *Essai sur les notions d'universalité de fait et de droit,* Thèse Bordeaux 1931.

Par la similitude des rapports de chacun de ses membres envers le professionnel, par leur commune situation juridique, vis-à-vis de lui, elle forme cependant un ensemble homogène que nous allons maintenant envisager.

Par son travail, par sa compétence, le professionnel a créé sa clientèle, il la maintient, l'augmente peut-être. Quels sont les moyens que lui fournit le Droit pour la conserver? Cette clientèle ne bénéficie-t-elle pas d'un statut juridique destinée à la garantir à celui qui l'a patiemment formée? Ou bien va-t-on permettre qu'elle soit ravie au professionnel par des circonstances qui lui sont étrangères, qu'un tiers — confrère ou autre — s'en empare?

Le médecin, l'avocat, l'architecte, ont-ils un droit sur leur clientèle, si non quels moyens la loi leur offre-t-elle pour la protéger?

Section I

Le professionnel a-t-il un droit sur sa clientèle?

§ 1. — *Théorie de la clientèle-valeur.*

Les auteurs de cette théorie (1 *bis*) constatent

1 *bis*. V. à ce sujet Gombeaux, *Notion juridique du fonds de commerce*, Thèse Caen 1901; Ernest Roguin, *La règle du droit;* Edmond Picard, *Le Droit pur*, pp. 91 et s. Dumouchel, *op. cit.*, pp. 37 et s.

tout d'abord que la clientèle, quelle que soit sa nature, présente pour le professionnel une valeur économique certaine. Dans les entreprises commerciales elle conditionne le fonctionnement même du fonds, elle lui est indispensable. Dans les carrières libérales elle est à la base de l'activité du professionnel et à raison de l'intérêt qu'elle présente pour lui, il est légitime de la considérer comme susceptible d'un droit. Cela ne change rien à sa nature et permet seulement de la doter d'une organisation juridique destinée à la préserver et à en assurer la jouissance.

Cette solution n'est pas seulement commandée par des motifs utilitaires. D'après ses auteurs elle s'explique aussi par des considérations théoriques certaines. Les droits dont un individu peut être titulaire ne s'appliquent pas seulement aux choses corporelles ou incorporelles, ils portent aussi sur les productions de l'intelligence : « *in re intellectuali* ». A raison de ses attaches purement subjectives et intellectuelles, la clientèle des professions libérales serait l'objet d'un droit de cette catégorie comme par exemple le droit d'auteur.

Cette organisation ne provoque d'ailleurs nul bouleversement dans les règles actuellement existantes; devant sanctionner sur ces choses immatérielles des rapports analogues à ceux que nous avons sur les choses matérielles, les droits qui consacrent nos intérêts sur celles-ci consacreront nos

intérêts sur celles-là, seul leur champ d'application sera élargi.

Il sera donc possible d'appliquer à ces objets un droit de propriété immatérielle calqué sur le droit de propriété ordinaire. Les caractères de ce droit comme ses conséquences se retrouveront en l'espèce, adaptés seulement à cet objet particulier.

Le professionnel étant propriétaire de sa clientèle pourra, dès lors, la transmettre au moyen de la vente et l'obligation qu'on lui impose de ne pas se rétablir dans un rayon déterminé, afin de ne pas détourner la clientèle vendue ne sera qu'une application de l'art. 1626 du Code civil édictant le principe général que toute vente emporte garantie.

Dans les rapports des tiers avec le professionnel, il faudra aussi se référer à l'idée de propriété appliquée à la clientèle, et l'action en concurrence illicite, par exemple, devra être envisagée non plus comme la sanction d'un délit ou d'un quasi-délit, mais sous l'aspect nouveau d'une sorte d'action en revendication (2).

Bien qu'elle présente une construction juridique logique, nous ne croyons pas à l'exactitude de cette conception, parce que si théoriquement

2. V. Thaller et Pic, *Traité de droit commercial*, t. I, p. 74.

son fondement semble critiquable, elle apparaît en pratique contraire à la réalité des faits.

L'assimilation du droit d'auteur au prétendu droit de clientèle constitue tout d'abord, à nos yeux, une erreur. L'écrivain, le musicien, le peintre exercent un droit sur le résultat de leur travail, sur une œuvre qui est à eux parce qu'elle est leur chose (2 *bis*). Or, conférer au professionnel un droit semblable sur sa clientèle serait considérer chacun de ses clients comme sa chose, comme un bien de son patrimoine dont il peut disposer. Le client n'est pas cela. Doué d'une personnalité et d'une volonté propre, il n'est lié au professionnel par aucun lien définitif, il peut à tout moment renoncer à ses services et une solution contraire aboutirait à la négation de la liberté individuelle.

Il serait de plus bien difficile de déterminer cette clientèle, objet d'un droit de propriété, puisqu'à tout moment chacun de ses membres peut perdre sa qualité. Il n'y a là qu'une « réunion momentanée et jamais identique dans le cours des temps de personnes libres d'aller là où il leur plaît, pouvant à tout moment s'éparpiller, diminuer au point de disparaître, un agrégat de personnes toujours variables, considéré arbitrairement à un

2 *bis*. En ce sens Josserand, *Supplément au cours de droit civil positif français* 1936 n° 1527.

moment donné (3) ». La qualité même de client répugne donc à en faire l'objet d'un droit.

§ 2. — *Théories de Kohler et de Roubier.*

La conception de Kohler (4) part d'une analyse de la personnalité humaine.

Envisagée du point de vue juridique cette personnalité est constituée par « un faisceau de droits d'un caractère particulier : droit à la vie, à la liberté, à l'honneur, à l'exercice des facultés naturelles de l'esprit (5) ».

Etant donné son caractère personnel, la clientèle des avocat, médecin, architecte constituerait un élément ou plutôt une manifestation de la personnalité de ces professionnels. A ce titre elle devrait être l'objet d'un droit qui serait protégé comme tous les éléments de la personnalité par une action à dommages-intérêts à portée générale.

3. Dumouchel, *op. cit.*, p. 51.

4. Kohler, *Das Recht des Markenschützes*, pp. 2 et s. *Das autorecht*, pp. 74 et s. V. aussi Ernest Picard, *Le droit pur*, pp. 121 et s. — Siltz, Notion juridique du droit moral de l'auteur, *Rev. trim.* 1933, pp. 335 et s., comp. Jean Escarra, *Principes de droit commercial*, pp. 433 et s.

5. V. à ce sujet E.-H. Perreau, Des droits de la personnalité, *Rev. trim.* 1909, pp. 501 et s. M. Perreau range dans cette catégorie tous les droits qui ne portent pas sur les choses, et il les classe sous trois chefs : respect de l'individu pour lui-même, comme membre de la famille, comme membre de l'Etat.

Cette théorie a été critiquée comme illogique. Admettant qu'un individu peut avoir un droit sur les éléments de sa personnalité, elle en fait à la fois un sujet et un objet de droits.

Kohler a répondu que sujet et objet n'étaient nullement identiques. « Sans doute l'ensemble des qualités et des aptitudes personnelles qu'il s'agit de protéger constitue bien la personnalité qui est toujours le sujet de droits, mais le tout est autre chose que les parties et la personne juridique se différencie aussi bien des facultés qui la composent, que l'Etat peut se distinguer des individus dont il est la totalisation. »

Mais fait observer M. Gombeaux (6), la comparaison n'est pas juste. Dans l'Etat les éléments constitutifs de l'ensemble sont des organismes indépendants doués d'une existence propre. Ils peuvent se séparer sans perdre leur individualité. Or, les éléments de la personnalité d'un individu n'en étant que les diverses manifestations ne peuvent se concevoir sans elle. »

D'un autre point de vue cette théorie présente les mêmes reproches que la précédente. Conférant un droit au professionnel, elle admet donc qu'il peut exercer un pouvoir de contrainte sur sa clientèle, elle tend à la rendre ainsi définitive et obligatoire.

Après avoir critiqué et repoussé les conséquen-

6. Gombeaux, *op. cit.*, pp. 82 et s.

ces de cette théorie, M. Roubier (7), dans une conception dérivée cependant de celle de Kohler, s'attache au contenu du droit plutôt qu'à son objet (8). Pour lui, le droit de clientèle n'est pas un droit sur la clientèle, mais plutôt le droit d'acquérir une clientèle par l'exploitation exclusive d'une prérogative déterminée : création nouvelle ou signe distinctif (9). Il le qualifie ainsi parce que par la protection de la création nouvelle ou du signe distinctif il permettra de rallier et de maintenir la clientèle. « Ces droits n'atteignent pas un objet stable ou défini, mais une production à venir et indéfinie... les droits dont nous parlons, écrit-il, se meuvent dans le dynamisme juridique... ils sont de la fortune en formation (10). »

De savantes critiques d'ensemble seront certainement faites à cette nouvelle conception, mais du seul point de vue qui nous intéresse, c'est-à-dire dans son application à la clientèle des professions libérales nous la croyons inexacte. Ici, ce n'est que la personnalité du professionnel qui sert à rallier et à maintenir la clientèle. Il n'y a ni « créa-

7. Roubier, Droits d'auteur et de clientèle, *Rev. trimestrielle* 1935, pp. 274 et s.

8. Critiquant la théorie de Kohler, M. Roubier écrit : « il confond l'objet auquel le droit s'applique avec le contenu de ce droit qui est un droit d'exploitation, un monopole », *op. cit.*, p. 290.

9. *Op. cit.*, p. 291 et s., p. 301.

10. Roubier, *op. cit.*, pp. 292 et 293.

tions nouvelles » ni « signes distinctifs » capables d'attirer les clients, si ce n'est cette personnalité du professionnel que le droit commun suffit, nous semble-t-il, à protéger.

Section II

La clientèle ne présente qu'un simple intérêt pour le professionnel. Protection de cet intérêt.

L'étude pratique de la réalité doit commander la solution du problème. Par une lente adaptation les rapports de clientèle se sont façonnés aux besoins de chaque partie; vouloir renforcer ce rapport, en faire un lien juridique obligatoire, ne peut aboutir qu'à une solution arbitraire et contraire à l'intérêt mutuel.

Or, il y a un fait essentiel : la liberté du client; à tout moment il peut perdre cette qualité et devenir complètement étranger au professionnel. Toute théorie qui aboutit à la négation de cette liberté nous paraît radicalement fausse.

La clientèle ne peut donc être l'objet d'un droit, car un droit suppose un pouvoir de contrainte pour le réaliser et une obligation correspondante.

La clientèle ne présente pour le professionnel qu'un simple intérêt. L'intérêt diffère précisément du droit par l'absence de pouvoir de contrainte, il est vis-à-vis du droit ce qu'étaient à Rome les *leges imperfectæ* vis-à-vis des *leges perfectæ*. Il

résulte d'une situation qui n'est pas juridiquement consacrée.

Mais si l'on se refuse à admettre l'existence d'un droit au profit du professionnel, n'est-ce pas en même temps refuser toute protection à sa clientèle? Un tiers — confrère ou autre — peut s'en emparer ou la détourner au moyen de manœuvres déloyales ou tout au moins illicites. Quels seront alors les moyens de défense du professionnel incapable de faire sanctionner son intérêt par la justice?

Les règles du droit commun de la responsabilité civile trouveront ici leur application : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. » Toute atteinte à la clientèle du professionnel, résultant de la faute d'un tiers donnera donc ouverture à réparation.

Que faut-il en effet entendre par dommage? Faut-il y voir seulement une atteinte à une situation juridique, autrement dit la lésion d'un droit? Quelques auteurs l'admettent (11), mais cette conception paraît bien étroite. L'art. 1382, fondement de l'action en dommages-intérêts, ne subordonne nullement le droit à réparation à la violation d'un rapport juridique. Il prévoit seulement un dommage en général. Rien n'empêche d'admettre que

11. V. notamment Josserand, *Droit civil positif*, t. II, n° 423.

la lésion d'un intérêt donnera ouverture à indemnité, pourvu que cet intérêt présente une certitude suffisante (12). Les partisans de cette conception exigent que l'intérêt lésé soit légitime, c'est-à-dire ni illicite ni immoral et actuellement certain. Ces conditions étant remplies dans le cas qui nous occupe (13), toute atteinte portée à la clientèle constitue un dommage au sens de l'art. 1382 et donne droit à réparation.

Ce dommage peut d'ailleurs être matériel ou moral, considérable ou minime. « Alors même qu'il serait de médiocre importance, celui qui en est victime n'en a pas moins le droit de s'adresser aux Tribunaux pour en obtenir réparation, sauf aux juges à modérer dans ce cas les dommages-intérêts, en les proportionnant à l'étendue du préjudice (14) ».

La jurisprudence n'exige pas non plus que ce dommage soit réalisé, autrement dit que partie ou totalité de la clientèle ait été ainsi détournée, elle se contente d'un dommage éventuel pourvu qu'il

12. V. note de M. le Professeur Marty au Sirey 1931. 1. 145.

13. La clientèle d'un professionnel envisagée dans son ensemble présente bien le degré de certitude requis. L'un ou l'autre des clients qui la composent pourront disparaître mais l'ensemble demeurera généralement stable.

14. Allart, *Traité théorique et pratique de la concurrence déloyale*, n° 7.

soit sérieux et imminent (15). Le professionnel n'aura donc pas à faire la preuve bien difficile, que tel ou tel client l'a quitté par suite des manœuvres d'un tiers, mais seulement que ce tiers pratique des manœuvres susceptibles de détourner sa clientèle (16). « Il vaut mieux, en effet, dit M. Allart, couper le mal dans ses racines que d'obliger la victime à l'inaction jusqu'au jour où il aurait produit ses fruits et serait peut-être devenu irréparable (17). »

Pour donner ouverture au droit à réparation le dommage doit avoir été causé par la faute d'un tiers.

Cette faute peut présenter des caractères variés. Deux hypothèses doivent être distinguées.

Si l'acte dommageable émane d'un non-professionnel nous sommes en présence d'un détournement de clientèle. Ces manœuvres consisteront le plus souvent en des critiques injustifiées de la personne et de la compétence du professionnel. Elles constitueront alors le délit de diffamation (18).

Si le détournement de clientèle émane au con-

15. Allart, *op. cit.* Godinot, *La concurrence déloyale ou illicite*, Thèse Lille 1932, pp. 33 et s.

16. En ce sens, Godinot, *loc. cit.*, p. 33, Rouen 8 nov. 1899 D. P. 1900. 2. 338.

17. Allart, *op. cit.*, n° 7.

18. V. E.-H. Perreau, *Eléments de jurisprudence médicale*, chap. VI, pp. 107 et s.

traire d'un confrère du professionnel (19), il constitue dans ce cas un acte de concurrence illicite ou déloyale qui présente ici des caractères particuliers.

La concurrence existe dans les professions libérales comme dans le commerce et l'industrie. Seulement dans notre matière c'est une compétition de personne à personne qui s'établit plus qu'une rivalité de produits qui, nous l'avons vu, n'existent pas. Ses manifestations sont donc moins variées et moins nombreuses car elles visent toutes la personnalité du professionnel.

Les principes du droit commun qui régissent la concurrence en général ont été surtout interprétés en matière commerciale, il faut donc en faire l'application au cas particulier des professions libérales.

Pour justifier une demande en indemnité, le droit commun exige que la concurrence exercée par un confrère du professionnel soit déloyale ou simplement illicite.

Ces circonstances se réaliseront souvent ici en cas d'exercice illégal de la profession. Tandis qu'il n'est besoin d'aucun titre ni d'aucun diplôme pour être commerçant, les professions libérales ne peuvent être exercées que par des personnes reconnues aptes à leur pratique. Quiconque les exerce sans avoir réalisé les conditions requises commet donc une

19. Nous étudierons sous le titre « Transmission de clientèle » la concurrence déloyale résultant de la violation d'une clause de garantie.

usurpation de titre et par là une concurrence illégale.

La jurisprudence fait application de cette règle contre les guérisseurs qui exerçant en fait la médecine font une concurrence inadmissible aux médecins diplômés, contre les vétérinaires qui usurpent cette qualification (20), contre les agréés (21) portant le titre d'avocat.

La concurrence déloyale se manifeste encore par un dénigrement, une critique injustifiée de la personne du professionnel de nature à ébranler les rapports de confiance de sa clientèle (22).

Le fait de donner des consultations ou des soins et d'une façon générale le fait d'exercer gratuitement sa profession constitue-t-il un acte de concurrence déloyale? Par interprétation des règles admises en matière commerciale la négative s'impose. A moins qu'il n'ait adhéré à un syndicat professionnel — ce qui l'obligerait à se conformer aux prix fixés — l'avocat ou le médecin est libre d'exercer gratuitement sa profession. Il en serait différemment s'il n'était guidé que par la seule intention de nuire à ses confrères (23).

20. Cass. Req. 15 juin 1914, *Gaz. Trib.* 20 juin 1914.

21. Trib. civ. Lille 21 mai 1926 S. 27. 2. 49, note Hugueney.

22. Bruxelles 25 juin 1902 D. P. 1903. 2. 486, Caen 6 fév. 1904, *la Loi* du 22 mars 1904.

23. Toulouse 11 nov. 1908, *Ann. Propr. Ind.* 1909. 2. 11. Trib. com. Seine 21 janv. 1929 S. 1929. 2. 140. Paris 9 avril 1930 S. 1930. 2. 117.

La protection de la clientèle est donc assurée par les règles normales de la responsabilité civile.

Toute atteinte à cette clientèle causée par la faute d'un tiers sera sanctionnée par une action en dommages-intérêts.

L'action sera dirigée contre l'auteur principal et contre ses complices et les Tribunaux prononceront en général une condamnation solidaire. Ils ordonneront en outre la cessation immédiate des actes dommageables et prescriront toutes mesures nécessaires pour en empêcher le renouvellement. Ils peuvent aussi ordonner l'affichage et l'insertion dans les journaux du jugement de condamnation.

CHAPITRE II

Du contrat dit « de transmission de clientèle »

La clientèle, avons-nous dit, est l'ensemble des personnes qui d'une façon habituelle recourent aux services d'un même professionnel. Elle constitue pour l'avocat, le médecin, le commerçant, le fruit de leur activité, elle représente un capital sans cesse flottant et indéterminé, toujours variable mais cependant fondamental dans la qualité même de professionnel (1).

Or il peut arriver que parvenu à un âge avancé ou bien désirant pour une raison quelconque cesser son activité ou la transporter dans une autre région, cet avocat ou ce médecin désire cesser sa profession. Va-t-il être obligé d'abandonner purement et simplement cette clientèle patiemment formée? Ou pourra-t-il au contraire laisser sa situation à un successeur, lui céder sa clientèle et lui permettre de l'utiliser ainsi à son profit ?

1. V. pour l'évaluation de la clientèle commerciale Mohamed Abd el Aziz abd el Kerim, *op. cit.*, pp. 151 et s., 211 et s.

La question est aussi importante pour le bénéficiaire de l'opération. Devra-t-il, à peine installé dans ses fonctions, recruter un à un ses clients et se créer ainsi lui-même sa clientèle, ou bien pourra-t-il bénéficier dès ses débuts de la situation acquise par un confrère plus âgé que lui dont il achètera la charge ?

Une objection surgit immédiatement si l'on accepte cette solution. C'est son immoralité. Elle permet, dit M. Loubers (2), aux médiocrités fortunées d'acquérir à prix d'or une situation que leurs seuls mérites auraient dû leur procurer. Les professions libérales doivent rester à part de l'esprit de lucre et la confiance d'une clientèle ne doit pas être un objet de spéculation. Une pareille opération ne peut, dit-il, que prêter à des calculs immoraux et bien peu favorables à l'intérêt des clients, le professionnel désireux de céder son cabinet se préoccupant bien plus du prix qui lui est offert que de l'aptitude de son successeur.

Malgré l'exactitude des dangers qu'il signale, cet argument n'est pas décisif. La « transmission de clientèle » pourrait favoriser des médiocrités fortunées et surtout être contraire à l'intérêt des clients si les services du nouveau professionnel leur étaient imposés, mais ces derniers ne cessent jamais

2. *Revue générale de législation et de jurisprudence* 1905, pp. 524 et s. V. aussi Demolombe, *op. cit.*, t. XXIV, n° 342.

de conserver leur liberté et avant comme après la transmission ils peuvent refuser les services du nouveau professionnel comme ils auraient pu renoncer à ceux de son prédécesseur. Et même s'il existe dans les professions libérales ce danger aurait dû constituer un empêchement absolu aux ventes de clientèle d'offices ministériels.

Envisagée du point de vue auquel se place M. Loubers, la « transmission de clientèle » ne peut être condamnée du chef d'immoralité. Elle facilite seulement aux jeunes débutants — qui, s'ils sont peut-être fortunés, ne sont pas forcément des médiocrités — l'exercice de leur profession en lui offrant une clientèle plus facile.

Mais si du point de vue social, l'opération semble acceptable, la question de son interprétation juridique demeure. Comment analyser un pareil contrat ? Peut-on le faire rentrer dans une des catégories spécialement prévues et étudiées par le Code civil? Certains l'ont admis et nous verrons les avantages multiples de cette solution. D'autres y ont vu un contrat innomé, *sui generis*, créateur d'obligations particulières.

Section I

La clientèle des professions libérales peut-elle être vendue ?

Certains auteurs l'ont affirmé (3) tout au moins pour les professions libérales autres que celles d'avocat. Dans ce cas, en effet, un empêchement d'ordre disciplinaire prohibe cette cession. Le règlement de l'ordre l'interdit et prévoit la peine de radiation contre tout contrevenant (4).

Mais ce cas mis à part, n'y a-t-il pas dans le contrat, dit de transmission de clientèle, échange d'une chose contre un prix? Tous les éléments du contrat de vente se retrouvent en l'espèce : accord de volontés portant sur la chose vendue, la clientèle et sur le prix versé par l'acquéreur : *res*, *pretium*, *consensus*.

Admettre qu'il y a d'une part obligation de transmettre une clientèle par des procédés divers et d'autre part paiement d'un prix, revient à dire

3. E.-H. Perreau, *Eléments de jurisprudence médicale*, p. 131. Dubrac, *Traité de jurisprudence médicale*, n° 503. Perruchot-Triboulet, Cession de clientèle, *Rev. crit.* mars-avril 1935. Baudry-Lacantinerie Saignat, *op. cit.*, Vente n° 103. Ortlieb, note sous Lyon 12 juillet 1877 S. 78. 2. 65. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 538. Cass. 12 mai 1885. S. 85. 1. 440.

4. V. à ce sujet Demolombe, *op. cit.*, t. XXIV, n° 342. Baudry-Lacantinerie et Saignat, *loc. cit.*, t. XIX, n° 103.

qu'il y a vente de la clientèle. « Placer votre confrère, dit M. le Professeur E.-H. Perreau, dans les conditions matérielles et morales où vous exerciez votre profession, c'est donc faire jouer à son profit les causes qui vous amenaient votre clientèle. Vous pouvez parfaitement dire que vous la lui transmettez... Ce serait une mauvaise chicane que de refuser à l'acte intervenu pour cette transmission le caractère de vente (5) ».

Les avantages de cette solution sont nombreux et également favorables aux deux parties.

La transmission de clientèle ne se réalisera pas instantanément, des difficultés pourront surgir pendant son exécution. Les parties n'auront certainement pas tout prévu, comment dès lors interpréter et au besoin suppléer leur volonté ? La solution du contrat de vente aurait l'avantage de fournir aux contractants un ensemble de dispositions préétablies qui compléteraient l'acte. C'est dans le cadre et dans l'esprit du contrat de vente que le juge interpréterait cette convention.

Les obligations stipulées dans l'acte seraient considérées comme de simples modes de livraison de la clientèle vendue, et ce serait la réalisation plus ou moins complète de cette fin que les juges devraient considérer, plus que l'exécution particulière des moyens employés.

5. P.-H. Perreau, *Annales d'hygiène publique et de médecine légale*, janv. 1906. Nature et réglementation juridique des cessions de clientèle médicale.

Par application de l'idée que le vendeur doit livrer à l'acquéreur la chose vendue les juges pourraient exiger la remise au successeur des adresses des clients, des livres de comptes, des dossiers se rapportant à des affaires même terminées (6).

Tenu de garantir son acheteur contre les vices de la chose et contre l'éviction, le professionnel cédant devra transmettre sa clientèle, c'est-à-dire l'ensemble des clients qui recourent à ses services d'une façon habituelle et non des clients qui l'ont quitté ou qui ne sont plus en relations habituelles avec lui (7). Toute manœuvre frauduleuse destinée à reprendre tout ou partie de la clientèle cédée serait aussi prohibée en vertu de l'idée de garantie. Aussi le cessionnaire pourra-t-il se dispenser d'interdire au cédant de continuer son activité dans un rayon déterminé.

En cas de non paiement du prix, le privilège du vendeur garantirait le cédant du concours des créanciers chirographaires de l'acquéreur (8).

Voilà donc toute une organisation protectrice

6. Cass. 3 janv. 1881 S. 81. 1. 255, 13 juillet 1885 S. 86. 1. 205 D. 86. 1. 263.

7. En ce cas les Tribunaux réduisent proportionnellement l'indemnité prévue, Cass. 12 mai 1885 D. P. 86. 1. 175.

8. M. le Professeur E.-H. Perreau admet même la possibilité de la mise aux enchères d'une clientèle médicale, v. *Nature et réglementation juridique des cessions de clientèle médicale, op. cit.*, pp. 45 et s.

des parties que le contrat de vente leur permettrait d'invoquer. En raison de ces avantages, cette solution paraîtrait devoir s'imposer; cependant la jurisprudence est presque unanime à la repousser (9).

Elle mérite, en effet, plusieurs objections.

D'abord la modicité du prix convenu. Il représente généralement dans ce contrat, le revenu de deux ou trois années de travail. Or, la jurisprudence annule les ventes consenties moyennant rente viagère, lorsque les arrérages de la rente égalent sensiblement les revenus de la chose vendue. N'est-ce pas le cas ici? N'y a-t-il pas lésion?

On répond ordinairement à cette objection, que l'aléa de la transmission explique la modicité du prix. La vente suppose ordinairement que la chose du vendeur devient la chose de l'acquéreur, mais ici ce n'est pas certain, le client demeurant toujours entièrement libre. De plus, fait remarquer M. le Professeur E.-H. Perreau « le travail humain se capitalise à un taux beaucoup plus élevé que l'argent, car la productivité du travail humain est limitée dans sa durée et elle est soumise à des aléas qui ne frappent pas les capitaux en argent (10). »

Seconde objection à nos yeux décisive : on ne

9. V. cependant Cass. 12 mai 1885. S. 85. 1. 440. Paris 10 mars 1910 D. 1911. 2. 232.

10. E.-H. Perreau, *loc. cit.*, pp. 34 et s.

spécule pas sur la confiance des clients, « Attendu que la confiance n'est pas dans le commerce... » disent les Tribunaux, et cet argument se retrouve dans presque toutes les décisions (11). C'est la reconnaissance par la jurisprudence du caractère personnel de cette clientèle et l'affirmation de son incessibilité qui en est la conséquence.

La clientèle ne peut être un objet de droits, nous l'avons vu, et ce devrait être déjà un empêchement à toute cession. Selon M. Planiol (12), on ne vend pas des choses, mais les droits que l'on a sur les choses; la vente n'est, par exemple, que le transfert du droit de propriété d'une personne à une autre. Comment, dès lors, parler de vente d'une chose qui n'est pas susceptible de droits?

Mais cette conception se trouve, en pratique, dépassée. On vend non seulement des droits, mais encore de simples intérêts que l'on a sur les choses. La preuve en est que les clientèles commerciales sont vendues avec le fonds, et elles ne sont pas plus que les clientèles des professions libérales, un objet de droits. Seulement elles présentent pour le professionnel un intérêt impersonnel. C'est ce dernier caractère qui en justifie la cession puisque par hypothèse l'intérêt profitera à tout propriétaire du fonds de commerce; rien n'empêche

11. V. par exemple Paris 25 juin 1884 S. 1884. 2. 176. Cass. 12 mai 1885. S. 85. 1. 440. Riom 13 mars 1894 S. 95. 2. 43. Paris 3 août 1894. S. 96. 2. 158.

12. Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 1370.

dès lors de le céder avec le fonds. Ce raisonnement est, par contre, inadmissible dans les professions libérales. Là l'intérêt que la clientèle présente pour le professionnel est strictement personnel, il est donc incessible.

Section II

Théorie du contrat sui generis.

Le contrat dit de « transmission de clientèle » est-il alors une convention *sui generis* s'analysant en la promesse d'une partie de mettre, moyennant rémunération, son co-contractant en rapport avec sa clientèle et de remplir diverses obligations destinées à la lui conserver? Le contrat n'est plus alors qu'un ensemble d'obligations de faire ou de ne pas faire qui rentrent dans le cadre général du Code civil (art. 1101 et s.)

C'est l'opinion d'une bonne partie de la Doctrine (13) et de la presque totalité de la Jurisprudence (14) : Le professionnel « cédant » ne vend pas sa clientèle, il s'efforce seulement d'en

13. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XXIV, n° 96. Aubry-Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 538. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 1370. Baudry-Lacantinerie Saignat, *op. cit.*, t. XIX, p. 83, n° 103.

14. Paris 3 août 1894 D. P. 96. 2. 31 et les arrêts cités dans cette section.

faire profiter son successeur. Pour cela, il s'engage à le présenter et à le recommander à ses clients, à lui donner leurs adresses ou les dossiers de leurs affaires, et à ne plus exercer son activité dans le lieu où il va s'établir.

Quelques décisions ont qualifié cette convention de contrat innomé. Comprise dans sa signification historique, cette expression serait de nos jours inexacte. Il y a bien dans le contrat que nous étudions une « *datio* » et un « *factum* », mais l'accord des parties a suffi à l'existence du contrat. On doit entendre par contrat innomé — et c'est dans ce sens que l'ont employé les Tribunaux — une convention qui ne rentre pas dans le cadre des contrats prévus par le Code civil et qui n'y a pas reçu un nom.

Les avantages que l'assimilation au contrat de vente entraînait pour cette convention ne se retrouveront pas. « N'exagérons rien cependant, déclare, lui-même, M. le Professeur Perreau, le Code civil contient un grand nombre de règles générales indistinctement applicables à tous les contrats quels qu'ils soient, même ceux que la loi passe complètement sous silence. On y trouvera un grand nombre de principes de nature à concilier, en cas de difficultés, les prétentions des parties, comme à suppléer au silence de leur convention (15). »

15. E.-H. Perreau, *Eléments de jurisprudence médicale*, p. 133.

Telles sont les deux solutions — vente et contrat *sui generis* — entre lesquelles se partage la Doctrine, les Tribunaux adoptant de préférence la seconde.

On peut d'ailleurs relever dans cette jurisprudence une certaine évolution. En présence d'un contrat contenant expressément vente de clientèle, les Tribunaux annulèrent pendant longtemps toute la convention, les stipulations de cession de bail, de vente d'instruments, étant considérées comme accessoires et subissant le même sort (16). Une jurisprudence plus récente, bien qu'encore assez imprécise, n'annule que la clause de vente de clientèle, les conventions accessoires restant valables (17), ou bien interprétant le contrat dans son esprit, plus que dans sa lettre, n'y voit qu'une obligation de faire mise moyennant indemnité à la charge du prétendu vendeur (18). Elle ne l'annule plus.

16. Paris 29 déc. 1847 D. P. 47. 4. 495, 29 fév. 1847 D. P. 50. 2. 193. Trib. civil de Meaux 27 août 1849 D. P. 51. 2. 185. Paris 25 juin 1884. S. 84. 2. 176.

17. Douai 25 mai 1906 D. P. 1911. 2. 332 réformant un jugement du Trib. de Boulogne-sur-Mer qui avait annulé le contrat dans sa totalité. Comp. Paris 10 mars 1910, id.

18. Cass. 13 mai 1861. S. 61. 1. 638. Paris 27 avril 1865. S. 65. 1. 123, 3 août 1894. S. 96. 2. 158, Riom 13 mars 1894. S. 1895. 2. 43. Trib. de Châteauroux 25 juillet 1898 D. P. 1899. 2. 255. V. aussi E.-H. Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, t. II, p. 20. Demogue, *Revue trimestrielle de droit civil* 1907, pp. 415 et s.

En tout cas elle s'oppose à toute vente de clientèle, elle ne reconnaît au professionnel qu'un droit de présentation et de recommandation de son successeur à ses clients.

Les parties devront alors régler dans des clauses particulières leurs obligations respectives et leurs modalités d'application, ainsi que les garanties que chacune se ménage contre toute inexécution des promesses de son co-contractant.

Le contrat devra notamment contenir l'interdiction pour le « cédant » de se rétablir dans des conditions qui lui permettraient de reprendre indûment la clientèle dont il a voulu faire profiter son successeur. Cette clause devra contenir l'interdiction faite au professionnel de continuer son activité mais seulement dans un certain périmètre et pendant un certain temps (19). Tout acte constituant violation de cette clause constituerait évidemment une concurrence déloyale, la mauvaise foi n'étant alors pas douteuse (20). Nous croyons même qu'étant donné l'intention des parties que les juges sont en droit de rechercher et d'interpréter (art. 1156) il pourrait y avoir con-

19. V. Allart, *Traité théorique et pratique de la concurrence déloyale.* Labatut, *Restrictions conventionnelles expresses à la liberté du travail,* Thèse Toulouse 1928, pp. 45 et s. Godinot, *La concurrence déloyale ou illicite,* Thèse Nancy 1932, pp. 333 et s.

20. Pour la fixation des dommages-intérêts v. Cass. civ. 12 déc. 1912 S. 1913. 1. 91.

currence déloyale même en l'absence de semblable stipulation au contrat, ce dernier devant s'interpréter dans son esprit plutôt que dans sa lettre (21).

Section III

Dispositions fiscales.

Le même problème se pose au point de vue fiscal. Faut-il interpréter comme une vente le contrat dit de transmission de clientèle ou bien y voir un simple engagement de faire ou de ne pas faire, moyennant rémunération?

L'intérêt de la distinction réside dans la différence des droits perçus par la Régie. Si l'on admet l'assimilation au contrat de vente, c'est le tarif des cessions de fonds de commerce qui sera perçu c'est-à-dire 6 % auquel il faut ajouter 7 % s'il s'agit d'une première mutation et la surtaxe prévue par l'article 42 de la loi du 13 juillet 1925 lorsque l'indemnité stipulée excède 300.000 fr. Si l'on y voit au contraire un contrat innomé engendrant des obligations de faire, le tarif des droits perçus est, nous le verrons, bien inférieur.

Il est intéressant de relever en la matière une variation très nette de la Doctrine de l'administra-

21. V. par ex. Cass. Req. 19 oct. 1915 S. 1918. 1919. 1. 117.

tion de l'Enregistrement pour se conformer à la Jurisprudence civile.

Elle assimila pendant longtemps la convention que nous étudions au contrat de vente en appliquant l'article 7 de la loi du 28 février 1872 aux termes duquel « les mutations de propriété à titre onéreux de fonds de commerce ou de clientèle » sont soumis à un droit d'enregistrement de 2 % (aujourd'hui 6 %).

Mais cette solution était très contestable. Malgré l'imprécision du texte, il semblait bien — et telle était d'ailleurs l'intention de l'auteur de l'amendement — que le mot clientèle ainsi inséré dans la loi ne visait que les clientèles commerciales (22). En tout cas le législateur ne parlait nullement des clientèles des professions libérales. Or en matière fiscale l'interprétation restrictive est de règle et l'administration n'a nullement compétence pour conclure de ce que le législateur a dit à ce qu'il n'a pas dit. Prétendre de plus que les cessions de clientèle des professions libérales sont assujetties à l'article 7 de la loi du 28 février 1872, c'était admettre par hypothèse la validité de ces cessions et, nous l'avons vu la Jurisprudence civile ne les reconnaît pas.

22. C'est sur l'intervention de M. Journault, député, que le mot clientèle a été inséré dans la loi et seulement — dans la pensée de son auteur — pour atteindre la clientèle des agents d'affaires.

L'administration a alors adapté sa doctrine à la Jurisprudence civile (23). Elle ne considère plus comme le prix d'une cession de clientèle l'indemnité versée par le successeur au professionnel qui se retire mais seulement comme la contre-partie du double engagement de ne plus exercer sa profession dans un rayon déterminé et de présenter son successeur à la clientèle.

Le tarif varie suivant que l'indemnité est afférente à l'un ou à l'autre de ces engagements.

En tant qu'elle s'applique à la promesse de ne plus exercer, elle est assujettie au droit d'indemnité de 0,75 %.

La fraction afférente à l'obligation de présentation est passible du droit de 1.50 % qui est le tarif du louage d'ouvrage ou d'industrie.

La cession du droit au bail, stipulé dans l'acte donnera ouverture au droit de 0,80 % sur le montant cumulé des années de bail restant à courir.

Il y aura donc lieu de faire une ventilation si l'indemnité promise est indiquée dans l'acte d'une façon globale.

23. V. *Répertoire général pratique du Notariat et de l'Enregistrement* du 30 octobre 1928, n° 21.825 ; du 30 janvier 1936, art. 24.378.

CHAPITRE III

De la mise en société de la clientèle des professions libérales

L'article 1832 du Code Civil définit la société: « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans le but de partager le bénéfice qui pourra en résulter ».

Trois conditions doivent être réunies pour l'existence de ce contrat: chaque associé doit faire un apport qui contribuera à la formation du fonds social, par l'exploitation de ce fonds les parties doivent se proposer de réaliser des bénéfices qui seront — comme les pertes — partagées entre elles, et il faut enfin que les contractants aient l'intention de travailler ensemble sur un pied d'égalité au succès de l'entreprise, c'est ce que les auteurs appellent l' « *affectio societatis* ».

Par ses caractères, ce contrat se distingue de l'association dont le but est autre que de parta-

ger des bénéfices (1), et du contrat de travail avec participation aux bénéfices (2) dans lequel l'un des contractants reçoit en sus de son traitement normal un tantième sur les produits de l'entreprise, mais sans pouvoir critiquer ou même contrôler la gestion à laquelle il ne collabore pas.

Le contrat de société ainsi délimité peut-il avoir pour objet la clientèle des professions libérales?

L'affirmative ne semble présenter que des avantages. Cette opération permettrait à un professionnel âgé ou fatigué de conserver sa clientèle et de profiter de ses efforts passés tout en réduisant son labeur. L'associé plus jeune trouverait ainsi une clientèle plus facile et pourrait réduire ses frais d'installation. On conçoit même des sociétés plus importantes où chaque professionnel se chargerait uniquement d'une branche déterminée, le client pourrait ainsi profiter des services éclairés de chaque spécialiste. Le contrat conclu avec un tiers capitaliste bailleur de fonds ne peut être aussi qu'avantageux pour le professionnel.

Or d'une façon générale Doctrine et Jurisprudence proclament l'interdiction de ces sociétés.

Après avoir exposé leurs solutions au sujet des

1. V. sur cette distinction Cass. Ch. Réunies 11 mars 1914 D. P. 1914. 1. 257, note L. S. Pour la distinction du prêt et de la société. Req. 10 juillet 1905 D. P. 1906. 1. 191.

2. V. Georges Ripert, *Annales de droit commercial* 1905, pp. 53 et s.

principales professions libérales et vu les conséquences qu'elles entraînent, nous essaierons d'en dégager un principe général.

Section I

Opinion de la Doctrine et de la Jurisprudence.

§ 1. — *Société conclue entre professionnel et non professionnel.*

Le cas qui se présente le plus fréquemment est celui où un capitaliste aide le professionnel par un apport de fonds.

En matière médicale, pour se prononcer sur la validité d'une telle convention, la Doctrine suivie par les Tribunaux pose la distinction suivante.

Si le non professionnel réussit sous le couvert de son associé à s'immiscer en fait dans ses fonctions, la société est nulle et il y a délit d'exercice illégal de la médecine (3). La nullité doit être admise lorsqu'il y a exercice concomitant de la médecine par le non-professionnel (4) et aussi en présence de toute immixtion, contrôle ou inter-

3. Art. 1 et 16, loi du 30 novembre 1892.

4. P. E. l'association d'un médecin et d'un guérisseur permettant à ce dernier d'exercer la médecine sous le nom de son associé.

vention quelconque de sa part dans l'activité technique du médecin.

La Jurisprudence est également en ce sens ; elle a prononcé la nullité d'une société dans laquelle la veuve d'un médecin en cédant la clientèle de son mari s'était associée avec son successeur (5).

Au contraire sera valable le contrat conclu entre un médecin et un tiers quand ce dernier n'ayant aucune activité dans la société ou demeurant exclusivement dans ses fonctions de gérance et d'administration commerciale, le professionnel conserve son entière liberté technique et exerce son art en pleine indépendance (6). Les Tribunaux admettent la même solution « Attendu, lit-on dans un jugement, qu'un médecin français peut s'associer ou traiter avec toute personne pour exploiter une clinique, à la condition que lui seul, sans l'intervention directe ou indirecte de ses associés ou co-contractants examine les malades, rédige les consultations, formule les ordonnances et donne à chacun le traitement approprié... (7). »

Le même critérium, basé sur l'ingérence du tiers

5. Trib. civ. Seine 28 juillet 1896, *Le Droit*, 8 octobre 1896.

6. Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial sociétés*, t. II, 1re partie, p. 91, n° 72 *bis*.

7. Trib. civ. Seine 6 déc. 1899, *Journ. Soc.* 1900, 3 juin 1902, *Gaz. Trib.* 1902. 2. 494.

non professionnel, peut être adopté pour les chirurgiens-dentistes (8).

Pour les avocats, les règlements de l'ordre leur interdisent toute société avec un tiers quelconque, gérant d'affaires ou autre, qui n'aurait pas prêté serment et dont le rôle ne pourrait que fausser la liberté professionnelle (9).

Une réglementation différente s'applique aux pharmaciens (10). La loi du 21 Germinal an XI exige dans son article 25, qu'ils soient en même temps propriétaire du fonds de pharmacie. Elle édicte en conséquence la nullité des sociétés conclues entre ces professionnels et des capitalistes titulaires du fonds, alors même que le pharmacien se réserverait le côté technique et les rapports avec le public. La jurisprudence applique rigoureusement cette règle (11).

8. Rouen 28 juillet 1906 D. 1907. 2. 334. V. aussi Phily, *Jurisprudence générale et législation de la médecine*, p. 399.

9. Cresson, *Usages et règles de la profession d'avocat*, p. 228.

10. Nous avons cru utile à titre de comparaison d'étudier le cas des pharmaciens bien que le caractère commercial de cette profession la mette en dehors de cette étude.

11. Crim. Cass. 23 juin 1859 D. P. 59. 1. 288 et sur renvoi Orléans 8 août 1859 D. P. 61. 2. 91. Crim. Req. 23 août 1860 D. P. 60. 1. 419, 31 mai 1862 D. P. 62. 1. 493. Paris 19 fév. 1869 D. P. 1879. 2. 81. Crim. Req. 21 mars 1876 D. P. 80. 1. 354, 22 avril 1880 D. P. 80. 1.

§ 2. — *Sociétés conclues entre professionnels.*

Suivant la même méthode, nous envisagerons d'abord les sociétés de médecins.

Elles sont nulles, affirme la Doctrine. Une telle société serait contraire, disent MM. Thaller et Pic (12) à la loi du 30 novembre 1892, exigeant pour ces professionnels une responsabilité personnelle et interdisant l'exercice de la médecine sous un pseudonyme (art. 9 *in fine*). Or, la société fait échec à ces dispositions puisqu'elle amène à la fois un partage de responsabilité et l'exercice de la médecine sous une raison sociale.

La Jurisprudence fait la distinction déjà indiquée. Si la clientèle des médecins associés conserve malgré la société la liberté de s'adresser à l'un quelconque de ces professionnels, et si chacun d'eux en rapports personnels avec ses clients agit en son nom

354. Trib. Seine 3 fév. 1883 D. P. 83. 3. 88. Pau 8 mars 1884 D. P. 86. 2. 231. Paris 17 fév. 1891 D. 92. 2. 15, Cass. 21 juin 1898 D. 99. 1. 53. Crim. 16 avril 1921 D. 21. 1. 104. Trib. comm. Seine 30 juin 1894 S. 94. 2. 316. Orléans 3 juillet 1906. *La loi* 10 oct. 1906, note Bogelot. Paris 10 juillet 1894, *Journ. Soc.* 1915. 192. Nîmes 13 déc. 1919, *Journ. Soc.* 1922. 64. Trib. comm. Seine 4 déc. 1929. *Journ. Soc.* 1930. 518. Paris 23 juillet 1930. *Journ. Soc.* 1931. 377.

12. Thaller et Pic, *op. cit.*, pp. 568 et s. V. aussi Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, 1re partie, pp. 90 et s., Hémard, *Nullité des sociétés*, n° 39.

propre avec une entière liberté, la société est valable. Ce n'est que lorsque la clientèle est mise en commun, lorsqu'un client peut se voir traiter aussi bien par un associé que par un autre, que les Tribunaux annulent la société (13).

De même toute société entre médecins et pharmaciens est interdite à cause de son immoralité, une telle connivence risquant de faire passer l'intérêt commercial de l'association avant celui du malade; quelques décisions se basent aussi sur l'art. 9 de la loi de 1890 (14).

Les sociétés de pharmaciens (14 *bis*), de chirurgiens-dentistes jouissent d'un régime plus favorisé. On en admet ordinairement la validité à condition que l'indépendance professionnelle de chaque contractant et la liberté de leurs clients soient sauvegardées (15).

13. Trib. comm. Seine 6 nov. 1899, *Ann. de droit commercial* 1905, p. 96, Paris 15 mai 1922 *Gaz. Pal.* 1922. 2. 33. Trib. civ. de Marseille 24 octobre 1923, *Gaz. Pal.* 1924. 1. 116. V. aussi les attendus du jugement du Trib. de la Seine du 3 juin 1902, *Gaz. Pal.* 1902. 2. 494.

14. V. Lyon 22 mai 1861. S. 62. 2. 39. Paris 27 mars 1862 D. P. 62. 2. 105. Trib. civ. Lyon 19 mars 1904, *Rev. Soc.* 1907, p. 71. La loi Belge du 12 mars 1818 prohibe aussi cette association. V. aussi Bordeaux 24 mai 1927, *Rev. Soc.* 1928. 82 et Guillouard, *op. cit.* n° 57.

14 *bis*. V. Buguet, *Théorie et pratique des Sociétés de pharmacie*, Paris 1936.

15. Pour les pharmaciens : Riom 16 juin 1909. S. 1909. 2. 132. Pour les chirurgiens-dentistes : Cass. 24 nov.

Quant aux sociétés d'avocats, les règles de l'ordre ne les autorisent pas. Toute société suppose en effet une spéculation, une recherche de bénéfices, les associés sont animés d'un esprit de lucre et le Conseil de l'ordre « gardien des principes de modération, de désintéressement et de probité (16) » s'oppose à ces conventions. La Jurisprudence admet la même solution ; « attendu..., lisons-nous dans un jugement, que l'intérêt des parties comme celui de la justice elle-même et celui aussi des avocats qui sont les auxiliaires les plus importants de l'administration de la justice, s'opposent à une mise en commun de leur clientèle et de leurs honoraires comme à tout traité dont l'effet serait d'arriver à un trafic ou à une spéculation relativement à la défense des droits en justice... (17) ».

Section II

Principe général et conséquences.

Voici donc l'état de la Doctrine et de la Jurisprudence sur les sociétés conclues entre membres des professions libérales. On voit mal à première

1905 D. 1906. 1. 221. Pour les vétérinaires : Marseille 24 octobre 1923, *Gaz. Pal.* 1924. 1. 116.

16. *Ordonnance de* 1822, art. 14, Thaller et Pic, *op. cit.*, pp. 568 et s.

17. Bruxelles 13 juin 1900, *Rev. prat.* 1900, p. 184. V. Cresson, *op. cit.*, p. 228, comp. Appleton, *op. cit.*, p. 135.

vue les idées générales qui guident ces solutions inspirées souvent par des arguments de textes.

Plusieurs explications ont été proposées.

Pour MM. Thaller et Pic l'idée générale à laquelle on doit se référer est indiquée par la loi du 30 novembre 1892 qui ne fait que l'appliquer à un cas particulier. Le principe fondamental est que la responsabilité de ces professionnels doit être personnelle; leur profession ne peut dès lors être exercée par plusieurs associés parce que la responsabilité sociale est alors substituée à la leur (18).

Mais cette conception semble erronée. D'une part la loi de 1892 considérée comme inspirée par le principe général de la responsabilité personnelle, ne semble dans aucun de ses articles en révéler l'application. Et d'autre part en quoi l'existence d'une société de professionnels mettrait obstacle à la responsabilité de chacun d'eux ? Au point de vue pénal, le médecin demeurera bien personnellement responsable de ses délits et quasi-délits; au point de vue civil, puisqu'il ne s'agit alors que d'indemniser le client, ce dernier ne perdra rien à récla-

18. MM. Lyon-Caen et Renault adoptent la même idée, *op. cit.*, p. 90, n° 72 *bis*. MM. Thaller et Pic invoquent aussi le fait que la loi de 1892 interdit l'exercice de la médecine sous un pseudonyme, donc, disent-ils, sous une raison sociale. Mais cette disposition a seulement pour objet de contraindre les médecins à signer de leur nom leurs ordonnances (V. Brouardel, *L'exercice de la médecine*, p. 66.

mer des dommages-intérêts non seulement au médecin qui l'a soigné mais aussi à tous ses co-associés.

De même tout argument tiré du caractère libéral et désintéressé de ces professions pour interdire leur exercice en société, semble insuffisant. L'interdiction que prononce le règlement de l'Ordre des avocats ne s'impose pas tout d'abord au juge et il n'y a ensuite rien de blâmable à ce qu'un médecin ou un avocat cherche à tirer profit de son travail. On voit mal pourquoi deux ou plusieurs professionnels associés ne pourraient pas faire ensemble ce que chacun d'eux fait individuellement. La meilleure preuve du caractère excessif de cette interdiction est qu'elle ne se retrouve pas dans les autres pays, notamment en Suisse et que ces sociétés sont permises au Maroc entre avocats français sous le contrôle du conseil de l'Ordre (19).

Pour découvrir le fondement véritable de cette réglementation, il faut recourir aux principes généraux de la matière.

La clientèle des professions libérales, née de la confiance des clients, n'est pas dans le commerce. Il en résulte que cette clientèle ne peut être vendue, il en résulte aussi qu'elle ne peut être mise en société. Cette dernière opération serait la violation de

19. Dahir du 10 janv. 1924, *Bull. off. du Maroc*, 15 janv. 1924.

la liberté du client car elle l'obligerait à accepter les soins de l'un ou de l'autre des associés.

C'est par application de cette idée que la Jurisprudence annule toute société où la clientèle étant partagée d'une façon quelconque entre les co-associés, ceux-ci se chargent arbitrairement de n'importe quel client (20). La même solution se justifie *à fortiori* quand le co-associé non diplômé exerce ainsi illégalement une profession.

Seules demeurent valables les sociétés où chaque professionnel conserve sa clientèle propre, comme celles où le co-associé non diplômé ne s'occupe que du côté commercial de l'entreprise (21).

Mis à part le cas des avocats auxquels s'appliquent les règles du Barreau et les pharmaciens pour qui le texte suranné (22) de l'art. 25 de la loi de Germinal an XI édicte une règle particulière, c'est à ce critérium que semble se référer la Jurisprudence.

La clientèle, de par sa nature même, ne pouvant être l'objet d'aucun partage et devant rester propre au professionnel, ce n'est que le travail de ce dernier ou plutôt les produits pécuniaires de son travail qui peuvent seuls tomber en société.

Son apport ne peut consister qu'en un apport

20. V. Jurisprudence citée, notes 13 et 15.

21. V. Jurisprudence citée, notes 13 et 15.

22. Un projet de loi modifiant cette législation a été étudié, v. *Journal de Soc.* 1897, pp. 289 et s.

d'industrie et ses droits et obligations dans la société seront réglés en conséquence.

Si cet associé, débiteur d'une obligation de faire (23) a plusieurs professions et que les produits de l'exercice d'une seule d'entre elles soient prévus comme apport, il ne devra pas compte à ses associés des bénéfices qu'il retire des autres (24). Mais en l'absence de pareilles clauses limitatives, il devra verser à la société, conformément à l'art. 1847 du Code civil, le montant total des revenus de son activité professionnelle sous peine de dommages-intérêts (25).

En contre-partie notre associé recevra des actions dites industrielles. Ne lui donnant aucun droit sur le capital social (26) constitué uniquement par l'apport de biens ayant une valeur vénale, elles lui permettront seulement de toucher une part des dividendes. Aussi, au moment de la liquidation de la société, il ne saurait être admis à exiger des porteurs d'actions de capital non libérées le paiement du non-versé à l'effet de parfaire le capital sujet à répartition après paiement des dettes sociales. Sa contribution aux pertes consistera seulement dans la privation du revenu qu'il aurait retiré normalement de son travail.

23. Paris 19 avril 1883 D. 84. 2. 123.

24. Lyon 18 juin 1856 D. 57. 2. 71.

25. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 249.

26. En ce sens, Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 560. comp. Thaller et Pic, *op. cit.*, t. II, n° 801.

Rien ne s'oppose donc à ce que les produits de l'activité du professionnel tombent en société pourvu que ses rapports avec la clientèle demeurent intacts.

Si au contraire le pacte social implique une gestion collective de la clientèle par les associés, Doctrine et Jurisprudence le considèrent comme nul d'une nullité absolue (27).

Cette nullité pourra être invoquée en tout état de cause et par tous les intéressés. On ne saurait admettre ici la distinction établie par l'art. 56 de la loi de 1867 entre tiers et associés au cas de nullité pour défaut de publicité. Les associés eux-mêmes pourront se prévaloir de la nullité dans leurs rapports avec les tiers (28). Elle ne pourra être couverte ni par la ratification des ayants droit ni par prescription.

Les conséquences de cette sanction présentent quelques difficultés pour remettre les choses dans l'état antérieur à la formation de la société. Si celle-ci n'avait pas encore fonctionné aucun des associés ne pourra demander l'exécution du pacte social, aucun ne pourra actionner ses co-associés en

27. Thaller et Pic., *op. cit.*, p. 573, n° 435. Guillouard, *op. cit.*, n° 60. Hémard, *op. cit.*, n° 42. Lacour et Bouteron, *op. cit.*, n° 214.

28. Lyon 28 fév. 1853 D. 53. 2. 208, comp. Rennes 9 avril 1851 S. 52. 2. 61 qui ne leur permet d'opposer la nullité qu'aux tiers de mauvaise foi.

versement des apports prévus (29). Si la société avait déjà fonctionné les Tribunaux la considèrent comme une simple société de fait et ils répartissent les bénéfices et les pertes proportionnellement à la valeur des apports de chaque associé suivant l'art. 1853 du Code civil, et non d'après les clauses particulières du pacte social entaché de nullité absolue (30).

29. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 229. Houpin et Boisveux, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, t. I, p. 98.

30. Comp. Paris 15 mai 1922, *Gaz. Pal.*, 22. 2. 33 et Trib. civ. Marseille 24 oct. 1923, *Gaz. Pal.* 1924. 1. 116.

CHAPITRE IV

La clientèle des professions libérales sous les régimes de communauté et dans les successions

Nous avons vu au cours des chapitres précédents ce qu'était la clientèle des professions libérales considérée au point de vue juridique et comment elle s'adaptait ou plutôt elle échappait aux contrats usuels du droit commun. Sa nature essentiellement incertaine — parce qu'elle dépend toujours du bon vouloir du client, son caractère personnel dans les professions libérales font obstacle à ce qu'elle puisse être considérée comme un bien, comme une chose du patrimoine susceptible d'être vendue ou mise en société.

Il nous reste maintenant à étudier sa destinée sous les régimes de communauté et dans les successions.

Aucun texte — à notre connaissance — ne reglemente cette question et rares sont les décisions de jurisprudence qui l'ont résolue.

Par contre la condition de la clientèle des fonds de commerce et des offices ministériels est parfaitement déterminée.

Considéré comme un bien meuble le fonds de commerce avec la clientèle qui y est attachée tombe en communauté qu'il soit la propriété personnelle de l'un des époux au moment du mariage ou qu'il ait été acquis postérieurement à titre gratuit ou onéreux. En cas de dissolution de la communauté (1) du vivant des époux le fonds sera compris dans la liquidation, il pourra au besoin être mis en vente et le prix obtenu fera partie de la masse partageable. Si la communauté est dissoute par la mort du commerçant, le fonds sera attribué à l'un de ses héritiers pour le remplir de ses droits dans la succession ou bien il sera mis en vente et le prix obtenu partagé entre les héritiers.

La clientèle commerciale attachée au fonds suit donc sa destinée et profite au co-partageant attributaire du fonds ou au tiers acquéreur.

Certains fonds de commerce de nature spéciale dérogent à cette règle. La Jurisprudence a admis par exemple que seule la valeur vénale d'un fonds de pharmacie tombait en communauté, l'officine elle-même restant propre à son titulaire « attendu qu'une officine de pharmacie est un fonds d'une nature spéciale dont, aux termes de la loi, seul un pharmacien peut être propriétaire, que la femme commune en biens d'un pharmacien ne saurait donc

1. Ernest Behin, *De l'attribution du fonds de commerce au cas de dissolution de la communauté*, Thèse Lille 1925, pp. 15, 17 et s., 226 et s.

en être propriétaire... qu'en l'espèce la pharmacie du sieur C. n'a pas pu tomber dans la communauté mais uniquement la valeur vénale de cet office (2) ».

Ce sont de semblables principes qui régissent la clientèle des offices ministériels. Sous le régime de la communauté légale seule la valeur de l'office et de la clientèle qui y est attachée, c'est-à-dire la valeur que représente le droit de présentation d'un successeur, tombe dans la masse commune (3). Si la communauté est dissoute pour une cause autre que la mort de l'officier ministériel, sa femme ou les héritiers de celle-ci ne pouvant le contraindre à céder son droit de présentation, le mari qui désire conserver sa charge devra alors à la communauté une récompense égale à la valeur de l'office au moment de la dissolution. Si au contraire il se décide à vendre, c'est le prix versé par le successeur pour être présenté à la Chancellerie qui tombera dans la masse. En cas de décès de l'officier ministériel ses héritiers trouvent dans la succession le droit de présentation d'un successeur et la clientèle attachée à l'office. Ils feront tous avec un acquéreur un contrat de cession qui aura pour but de lui transmettre ce droit de présentation et la clientèle. La somme

2. *Rep. Gén. du Not*, n° 20.733, Metz 3 juin 1841 sous Cass. 29 nov. 1842 S. 42. 1. 199. Alger 17 nov. 1932 D. 1934. 2. 133, note Chauveau.

3. Req. 6 janv. 1880 D. P. 1880. 1. 361, note Dutruc.

fixée, qui forme après l'agrément de la Chancellerie le prix de l'office, sera ensuite partagée selon les droits de chaque héritier. Si l'un d'eux désire au contraire conserver l'office il devra à la masse récompense de ce même prix.

La clientèle suit donc encore le sort de l'office ministériel auquel elle est attachée.

Que décider au sujet de la clientèle des professions libérales?

La question de savoir si elle tombe ou non en communauté ne se pose pas car elle n'est pas une chose, un bien au sens juridique du mot. Elle demeure étrangère aux conventions matrimoniales (4).

Deviendront seuls communs le droit au bail du cabinet ou de l'étude du professionnel, ses meubles, ses instruments, sa bibliothèque et aussi les produits de son travail. Pour ces derniers la solution demeure identique au cas où c'est la femme qui est professionnelle, la loi du 13 juillet 1907 n'ayant apporté aucune modification à cette règle.

Quand au droit de présentation d'un successeur à la clientèle, si le professionnel l'a exercé avant la dissolution, l'indemnité qu'il a reçue tombe aussi en communauté comme tout bien acquis pendant le mariage.

4. Contra : Trib. civ. de Doullens 8 mai 1908 D. 1910. 2. 92. Baudry-Lacantinerie Lecourtois et Surville, *Contrats de mariage*, t. II, n° 289.

Mais s'il n'en a pas usé avant sa mort, sa veuve ou ses héritiers ne peuvent plus l'exercer. La Jurisprudence a eu plusieurs fois l'occasion de se prononcer sur l'étendue de leurs droits vis-à-vis de la clientèle du professionnel défunt.

Un jugement du Tribunal civil de la Seine (5) s'exprime en ces termes « attendu... que par suite de la mort du docteur A... le cabinet médical... n'a plus eu d'existence juridique, qu'il n'était pas permis à la veuve A... de l'exploiter directement ou indirectement comme non plus d'en céder la clientèle à qui que ce soit... qu'une clientèle médicale ne peut entrer dans le commerce et que par suite les héritiers ou la veuve d'un médecin ne peuvent ni la céder ni l'exploiter même avec le concours d'un homme de l'art muni de ses diplômes... »

Quant au droit de présentation, il est certain que la veuve ou les héritiers ne peuvent l'exercer aux lieu et place du professionnel défunt. Celui-ci aurait non seulement présenté son successeur mais il l'aurait recommandé à ses clients, auprès d'eux il l'aurait moralement couvert de sa garantie.

Or cela, la veuve ou les héritiers ne peuvent pas le faire. Ils pourront seulement exercer un droit de présentation qui aura strictement pour objet

5. 7 janv. 1904, *Le Droit*, 7 juin 1904. La solution est identique au cas où le fils a cédé la clientèle du père : D. P. 1886. 1. 75.

de faire connaître le successeur, ils pourront lui fournir la liste des clients, lui donner les indications nécessaires, mais par là ils ne feront que fournir de simples renseignements, les Tribunaux ne leur reconnaissant aucune influence sur la clientèle. « Attendu, lit-on dans un jugement (6) qu'en supposant que le docteur L... eût une clientèle sérieuse, celle-ci n'aurait procédé que de la confiance qu'il avait su lui inspirer, que vivant il eût pu sans doute présenter à ses clients le docteur R... le leur recommander... Mais attendu que le docteur L... mort, cette confiance a disparu et que les mêmes prétendus avantages consentis par sa veuve... sont devenus sans efficacité pour assurer au docteur R... la fidélité de la clientèle. »

La même réponse qu'au sujet de la communauté peut donc être faite pour la succession du professionnel. La clientèle lui étant strictement personnel disparaît à sa mort et ne rentre pas dans sa succession. Il en résulte que ses héritiers sont irrecevables à demander la liquidation de sa clientèle et à la comprendre pour sa valeur dans la masse partageable. La Cour de Cassation l'a formellement admis au sujet de la clientèle d'un cabinet de métreur-agréé (7), d'un fonds de représentation commerciale (8) consistant en un

6. Saint-Brieuc 20 juin 1904, *Le Droit*, 18 juillet 1904.

7. Civ. 23 fév. 1925 S. 1927. 1. 337, note Hugueney.

8. Civ. 20 janv. 1931 S. 1931. 1. 215.

ensemble de mandats temporaires essentiellement révocables et n'ayant de valeur comme la clientèle des professions libérales, qu'à raison des qualités personnelles du professionnel.

De même et par application de la même idée qu'une telle clientèle disparaît à la mort du professionnel, il faut admettre que si un héritier — le fils du défunt — exerce la même profession que son père et sous le même nom, « il ne peut être tenu de rapporter une somme quelconque à raison de l'avantage qu'il trouverait à exercer sous le même nom que son père défunt la même profession (9) ».

Il n'y a pas lieu à rapport d'abord parce qu'il n'y a pas eu donation et ensuite parce que l'avantage dont le fils est censé profiter est incertain. Rien ne garantit en effet que la clientèle du père maintienne sa confiance au fils. Seulement ce dernier a privé ses co-héritiers de leur part dans le droit de présentation. Ce faisant ils s'est enrichi sans cause à leurs dépens. Aussi devra-t-il leur tenir compte de cet enrichissement mais seulement dans la mesure de leur appauvrissement c'est-à-dire dans la mesure où ils auraient pu exercer le droit de présentation que la Jurisprudence leur reconnaît.

9. Nancy 19 fév. 1895 D. P. 1896. 2. 433.

CONCLUSION

Nous avons vu au cours de cette étude ce qu'était au point de vue juridique la clientèle des professions libérales, quels étaient sa nature et ses caractères particuliers. Nous avons été amenés à constater qu'elle ne formait pas un bien au sens juridique du mot et qu'elle échappait par suite à l'emprise du droit civil.

Certes les principes généraux du droit commandent les rapports du professionnel et de ses clients ainsi que les diverses conventions qui peuvent affecter cette clientèle, mais en elle-même elle échappe à toute organisation juridique.

Cela résulte, croyons-nous, à la fois de sa nature et des caractères particuliers qu'elle présente dans les professions libérales.

La clientèle est constituée par l'ensemble des personnes qui recourent en certaines circonstances aux services d'un même professionnel. Cela suppose de la part du client une détermination personnelle, un choix qui est libre donc toujours

incertain. De plus la qualité de client n'est elle-même jamais définitive; à un moment quelconque et pourvu que son acte ne viole pas une convention préalable il pourra renoncer aux services du professionnel et lui devenir complètement étranger.

En second lieu ces rapports sont empreints de confiance. Ce caractère n'est pas particulier aux professions libérales mais il y est capital. A l'acte de libre détermination s'ajoute la considération de la personne du professionnel : l'*intuitus personæ*.

La clientèle repose donc dans les professions libérales sur deux assises également fragiles : un acte de libre consentement du client et un rapport de confiance entre le professionnel et lui, fondements essentiellement subjectifs et qui répugnent à toute emprise juridique.

Il y a deux étapes écrit M. Hugueney (1) dans la voie de la patrimonialité « à savoir, pour employer l'expression d'un auteur ancien : le commun des contrats et celui des successions ».

A notre avis la clientèle des professions libérales n'est pas encore parvenue à la première étape. Seule peut-être une organisation sociale différente pourrait permettre de l'acheminer dans « les voies

1. Note sous Civ. 23 fév. 1925 S. 1927. 1. 337.

de la patrimonialité ». Mais actuellement toute conception qui aboutirait à l'assimiler à un bien serait inexacte parce que contraire à sa nature propre.

Vu : Le Président,
Gabriel MARTY.

Vu :
Le Doyen
Paul THOMAS.

Vu et permis d'imprimer :
Toulouse, le 16 Novembre 1936

Le Recteur,
Président du Conseil de l'Université,
Joseph GHEUSI.

BIBLIOGRAPHIE

ABD EL AZIZ ABD EL KERIM. — La clientèle commerciale ou les éléments incorporels des fonds de commerce, Thèse Lausanne 1932.

ACHER. — Notion juridique des actes de commerce et des commerçants, *Revue générale du droit* 1904.

ALLART. — Traité théorique et pratique de la concurrence déloyale, Paris 1892.

APPLETON. — La profession d'avocat, Paris 1923.

APPLETON et SALAMA. — Le droit médical, Paris 1931.

AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, 5e éd. 1897-1907, t. IV et V.

BARRAUT. — Les agents d'assurances, Thèse Paris 1917.

BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — Du contrat de louage Paris 1907, t. 20. Du mandat et du cautionnement, t. 24, Paris 1907. De la vente et de l'échange, t. 19, Paris 1908.

BÉRARD. — Du caractère personnel de certains droits, Thèse Paris 1902.

BLANCHART. — Le droit aux honoraires dans les professions libérales, Thèse Paris 1905.

BRUN. — Rapports et domaines des responsabilités délictuelle et contractuelle, Thèse Lyon 1931.

Bulletin Officiel du Maroc 1924.

CAMMERMAN. — Responsabilité civile des médecins, Thèse Paris 1932.

CAPITANT. — De la cause des obligations, 3e éd., Paris 1930.

CATALAN. — De la condition juridique du fonds de commerce, Thèse Montpellier 1899.

COLIN (Paul). — De la détermination du mandat salarié, Thèse Paris 1932.

CORBERAND. — La responsabilité des architectes et des entrepreneurs, Thèse Paris 1929.

COSTES. — Nature juridique du contrat d'entreprise, Thèse Toulouse 1913.

CRESSON. — Usages et règles de la profession d'avocat, Paris 1888.

CUCHE. — Du rapport de dépendance élément constitutif du contrat de travail, *Revue critique de législation* 1913.

DANIEL. — La cession de clientèle civile, Thèse Paris 1928.

DEMOLOMBE. — Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général 1879, t. XXI.

DEMOGUE. — Traité des obligations, 2e éd. 1924, t. I et V.

DENEUX. — La responsabilité civile des notaires comme conseils de leurs clients, Thèse Paris 1932.

Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines.

DUMOUCHEL. — Etude juridique de la clientèle des fonds de commerce et des professions libérales, Thèse Paris 1907.

DURAND. — Des conventions d'irresponsabilité, Thèse Paris 1931.

DUTRUC. — Note sous Req. 6 juin 1880 D. P. 1880. 1. 361.

EMELINA. — Essai d'une théorie générale sur la clientèle, Thèse Montpellier 1907.

ESCARRA. — Principes de droit commercial, Paris 1934.

ESMEIN. — Les clauses de non-responsabilité, *Rev. trim.* 1926.

FALQUE-PIERROTIN. — Eléments constitutifs du contrat de mandat, Thèse Caen 1933.

Fosse. — Responsabilité civile des avocats, Thèse Montpellier 1935.

Fustel de Coulanges. — La Cité Antique.

Garsonnet et Cézar-Bru. — Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, Paris 1912.

Gary. — Essai sur les notions d'universalité de fait et de droit, Thèse Bordeaux 1931.

Glasson. — Note sous Agen, 4 mars 1889 D. 1890. 2. 281.

Glasson et Tissier. — Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile, t. I, Paris 1925.

Godinot. — La concurrence déloyale ou illicite, Thèse Nancy 1932.

Gombeaux. — Nature juridique du fonds de commerce, Thèse Caen 1901.

Graven. — Les médecins et le Droit civil, Thèse Grenoble 1925.

Guillouard. — Traité de la vente et de l'échange. Traité du louage. Traité des contrats aléatoires et du mandat, Paris 1887-1893.

Hauriou. — Précis de droit administratif et de droit public, 12e éd., Paris 1933.

Houpin et Boisvieux. — Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales, Paris 1929.

Ihering (von). — L'évolution du droit. Trad. Meulenaere, Paris 1901.

Josserand. — Cours de droit civil positif, t. II, Paris 1932-1933.

Kohler. — Das Recht des Markenschützes, Wurzburg 1884.

Lamarche. — La réduction des honoraires, Thèse Dijon 1936.

LEBLOND. — Le notaire mandataire et sa responsabilité, Thèse Paris 1935.

LECOQ. — Les avocats au Maroc, *Rev. trim.* 1925.

LHOUMEAU. — Condition juridique des salariés intellectuels, Thèse Lille 1929.

LACOUR et BOUTERON. — Précis de droit commercial, 3e éd., Paris 1925.

LOUP. — La responsabilité médicale, Rep. Commaille 1934.

LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de Droit commercial, 5e éd. Paris 1934.

MARTY. — Note au S. 1931. 1. 145.

MARTIN. — La faute professionnelle spécialement dans les professions libérales, Thèse Lyon 1934.

MARTINI. — La notion du contrat de travail, Thèse Paris 1912.

MAURY. — Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, Thèse Toulouse 1920.

MAZEAUD. — Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 2e éd., 1934.

MAZEN. — Essai sur la responsabilité civile des médecins.

NAST. — Note sous Lyon 12 juillet 1877 S. 1878. 2. 65, Note sous Aix 16 juillet 1931 D. 1932. 2. 5.

PERREAU (E.-H.). — Nature et réglementation juridique des cessions de clientèle médicale dans les *Annales d'hygiène publique et de médecine légale* 1906. Eléments de jurisprudence médicale 1908. Des droits de la personnalité, *Rev. trim.* 1909. Nature juridique des cessions de clientèle civile dans *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse* 1912. Manuel des agents d'assurances 1922. Note au S. 1922. 2. 113. La technique de la jurisprudence en droit privé, Paris 1923.

PERRIN. — Essai sur la réductibilité des obligations excessives, Thèse Paris 1905.

PETIT. — Traité élémentaire de Droit Romain, Paris 1903.

PICARD (E.). — Le Droit pur, Paris 1899.

PLANIOL et RIPERT. — Traité pratique de droit civil français, t. II, VI, X, XI, Paris 1925 et s.

PERRUCHOT-TRIBOULET. — Cession de clientèle, *Rev. crit.* 1935.

POUMARÈDE. — Situation et notion juridique de l'artisan, Thèse Toulouse 1932.

Revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence 1904.

RIPERT. — La règle morale dans les obligations civiles, Paris 1925.

ROGUIN. — La règle du droit, Lausanne 1889.

ROTONDI. — Notion juridique de l'achalandage dans *Annales de droit commercial* 1930.

ROUBIER. — Droit d'auteur et droits de clientèle, *Rev. trim.* 1935, pp. 274 et s.

SILTZ. — Notion juridique du droit moral de l'auteur dans *Rev. trim.* 1933, pp. 335 et s.

SERGEANT. — Nature juridique du ministère de l'avocat, Thèse Lille 1901.

SAVATIER dans *Répertoire général du notariat et de l'enregistrement* 1933.

STEWENS. — Eléments de droit commercial. Trad. Escarti, Paris 1909.

THALLER et PIC. — Traité de droit commercial, 5e éd. t. I.

VALÉRY. — Maison de commerce et fonds de commerce, dans *Annales de droit com.* 1902.

WAHL. — Le droit de l'avocat aux honoraires, *Rev. trim.* 1905.

ZINGUEREWITCH. — La notion de contrat de travail et son application en matière d'assujettissement aux lois sociales, Thèse Bordeaux 1936.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. 9

TITRE PRÉLIMINAIRE. — *Notions générales sur les professions libérales et leur clientèle.* 13

CHAPITRE PREMIER. — Des professions libérales. 13

CHAPITRE II. — De la clientèle 27

Section I. — Caractère impersonnel de la clientèle des professions commerciales. 30

Section II. — Caractère mixte de la clientèle des offices ministériels 36

Section III. — Caractère personnel de la clientèle des professions libérales 39

TITRE PREMIER. — *Etude de la clientèle du point de vue des rapports du professionnel et de ses clients* 43

CHAPITRE PREMIER. — Nature juridique du rapport de clientèle dans les professions libérales. 43

Section I. — Théorie de l'inexistence du contrat. 46

Section II. — Théorie du Mandat. 50

Section III. — Théorie du louage de services. 58

CHAPITRE II. — Protection du client dans ses rapports avec le professionnel 68

Section I. — Protection du client en cas de faute du professionnel 69

Section II. — Réduction du salaire promis. 81

§ I. — Exposé de la Jurisprudence. Son fondement. 83

§ II. — Critique de cette Jurisprudence.. 87
TITRE DEUXIÈME. — *Etude de la clientèle envisagée dans son ensemble* 93
CHAPITRE PREMIER. — Organisation juridique et protection de la clientèle..... 93
Section I. — Le professionnel a-t-il un droit sur sa clientèle ? 94
§ I. — Théorie de la clientèle. Valeur.... 94
§ II. — Théorie de Kohler 98
Section II. — La clientèle présente-t-elle un simple intérêt pour le professionnel. Protection de cet intérêt 101
CHAPITRE II. — Du contrat dit « de transmission de clientèle » 108
Section I. — La clientèle des professions libérales peut-elle être vendue ? 111
Section II. — Théorie du contrat *sui generis*. 116
Section III. — Dispositions fiscales..... 120
CHAPITRE III. — De la mise en société de la clientèle des professions libérales..... 123
Section I. — Opinion de la Doctrine et de la Jurisprudence. 125
§ I. — Société entre professionnel et non-professionnel. 125
§ II. — Société conclue entre professionnels. 128
Section II. — Principe général et conséquences. 130
CHAPITRE IV. — La clientèle des professions libérales sous les régimes de communauté et dans les successions 137
CONCLUSION. 144
BIBLIOGRAPHIE. 147

Imprimerie spéciale de la Librairie AFFRE